

الكتاب الجامعي ٨

د. محمد ابراهيم ابو العينين

مبادئ القانون

لرجال الأعمال في المملكة العربية السعودية

الطبعة الأولى

١٤٠١هـ - ١٩٨١م

الكتاب الجامعي ٨

د. محمد ابراهيم أبو العينين

مبادئ القانون

لرجال الأعمال في المملكة العربية السعودية

الطبعة الأولى
١٤٠١هـ - ١٩٨١م

بسم الله الرحمن الرحيم

الناشر
تهامة
جدة - المملكة العربية السعودية
ص.ب ٥٤٥٥ - هاتف ٦٤٤٤٤٤٤

مبادئ القانون

لرجال الأعمال في المملكة العربية السعودية



تصدير

تهدف هذه الدراسة لمبادىء القانون الى تزويد الطلاب ورجال الاعمال فى المملكة العربية السعودية بالمعلومات والمبادىء الاساسية لمادة القانون حتى يمكن لهم خوض ميادين الاعمال المختلفة وهم على بينة من القواعد والمبادىء الاساسية التى تكفل ممارستهم لاعمالهم دون الوقوع فى المخالفات القانونية التى قد تعرضهم أو تعرض أعمالهم للاخطار الناشئة عن مخالفة الانظمة واللوائح المختلفة .

وبديهى ان تتضمن هذه الدراسة فضلا عن المبادىء الاساسية للانظمة فى المملكة العربية السعودية الاشارة الى بعض الفوارق الهامة بين الانظمة القانونية المختلفة حتى يكون الدارس على بينة منها عندما يمتد نطاق تعامله الى الخارج ليخضع لانظمة أخرى تختلف قواعدها عن القواعد المعمول بها فى المملكة .

وتفترق هذه الدراسة عن الدراسات التقليدية الاخرى للانظمة وفروع القانون فى أن القصد منها ليس اعداد الدارس ليكون متخصصا فى فرع من فروع القانون أو ممارسا للاعمال القانونية وانما الغرض الاساسى من هذه الدراسة أن يكون المضطلع بها على بينة من القواعد العامة والمبادىء الاساسية فى بعض فروع القانون .

وانطلاقا من هذا الهدف فقد وقع الاختيار على دراسة بعض الموضوعات من فروع القانون المختلفة ، فبعد ان يزود القارىء بفكرة مبسطة عن التعريف بالقانون وماهيته وأقسامه ومصادره ينتقل الى دراسة بعض الموضوعات الاساسية

كالعقود وحق الملكية وبعض موضوعات القانون التجارى كالاوراق التجارية والشركات والافلاس فضلا عن قانون العمل وقانون التأمينات الاجتماعية وغير ذلك من الموضوعات التى يكون من الضرورى الالمام بها .

لكل اولئك فقد أعددت هذا المؤلف المتواضع حتى أيسر على القارىء دراسة هذه الموضوعات وهى وان كانت لا تغنيه عن الالتجاء الى المراجع المختلفة الا انها قد تكون عونا له على الاحاطة بها .

والله ولى التوفيق ،،،

المؤلف

صفر ١٤٠١ م
يناير ١٩٨١ م

الجزء الأول

النظرية العامة للقانون والعقد

الباب الأول

المدخل لدراسة القانون

الباب الثاني

النظرية العامة للعقد



الباب الأول

المدخل لدراسة القانون

الفصل الأول

تعريف وخصائص القانون

المبحث الأول : تعريف القانون

الانسان اجتماعى بطبعه ، تدفعه غريزته الى ان يعيش مع غيره من الناس ، ليأتنس بهم ، ويتعاون معهم ويتبادل واياهم المنافع . ومادام الناس لا يعيشون الا مجتمعين فلابد من ان تنشأ بينهم علاقات ، ولابد لتنظيم علاقاتهم من قواعد تبين لكل منهم ماله وماعليه ، والا سادت الفوضى وكانت الغلبة للاقوى ، وانعدمت الطمأنينة والاستقرار وانقلب كل فرد الى منافس خطر على الاخرين من بنى جنسه ، يعمل على قهرهم بكل ما اوتى من قوة .

لذلك فان القانون ضرورى لحفظ كيان المجتمع ، وهو ملازم له فى نشأته مساير له فى تطوره ، بل ان المجتمع يأخذ منذ نشأته فى افراز قواعد قانونية تكون وظيفتها ضبط العلاقات بين افراده ، وبث روح النظام والطمأنينة والاستقرار فيهم .

ونستخلص من ذلك أن القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية وهى نتيجة طبيعية لوجود المجتمع الانسانى .

والقانون بوجه عام هو مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم علاقات الأشخاص فى المجتمع تنظيما عادلا يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام .

فالقانون اذا هو مجموعة القواعد التى تنظم حياة الجماعة الانسانية ، وهو النظام الذى تتحدد وفقا له علاقات اعضاء الجماعة ، وبغير هذا النظام لايتصور وجود جماعة انسانية فليس من الممكن قيام جماعة انسانية اذا لم يقم تجمع الافراد فيها ، على تنظيم لبناء سياسى معين يضم هؤلاء الأفراد .

واذا كانت للقانون هذه الاهمية فمن الضرورى ان تكون طاعته واجبة على كل الافراد ، وان يكون هناك جزاء يلحق كل مخالف لاحكامه ، والا اختل نظام الجماعة وسادت فيها الفوضى .

المبحث الثانى : خصائص القاعدة القانونية

القاعدة القانونية هى الوحدة التى يتكون منها القانون فى مجموعه ، وهى فى ذاتها خطاب موجه الى الاشخاص فى صيغة عامة لها قوة الالزام ، أى انها تفترض وجود عدة اشخاص فى مجتمع ، فتوجه اليهم خطابا يتضمن امرا بعمل شىء أو نهيا عن عمل شىء .

غير انه يندر ان يكون هذا الخطاب موجها بصيغة الامر أو النهى ، بل الغالب فيه ان يصاغ فى شكل اخطار للاشخاص بترتيب اثر ما على واقعة معينة ، ولكن الخطاب فى هذه الحالة الاخيرة يسفر عن تكليف الناس بامر معين أو عن نهيهم عن ارتكاب الفعل الذى رتب القانون عليه ذلك الاثر .

فالقاعدة التى تعاقب بالاعدام من يقتل انسانا عمدا والقاعدة التى تعاقب من يسرق مال غيره قاعدتان تنهيان الناس عن القتل وعن السرقة ، والقاعدة

التى تقضى بان العقد شريعة المتعاقدين تتضمن إخطاراً للناس بان من يعقد عقدا يلتزم بالوفاء بما تعهد به كما لو كان القانون هو الذى فرضه عليه ، وهى فى النهاية تأمر الناس بالوفاء بما تعهدوا به .

المطلب الأول

عموم القاعدة القانونية وتجريدها

وليس كل خطاب يتضمن امرا او نهيا يعتبر قاعدة قانونية ، وانما يشترط فى ذلك ان يوجه الخطاب الى الناس بصيغة التعميم فلا يذكر شخصا معينا بالأسم ، ولا واقعة معينة بالذات .

ويقصد بعموم قاعدة القانون او تجريدها ان تكون القاعدة غير مخصصة ، فيما تضع من حكم بشخص أو اشخاص معينين بذواتهم ، او بواقعة أو وقائع معينة بذاتها ، وانما يحدد اشخاص المخاطبين بها وكذلك الوقائع التى تنطبق عليها بالاوصاف والشروط ، وعلى هذا فالقاعدة القانونية لاتضع حكما لفرض بعينه ، بل تضع حكمها لفرض يتحدد بوصفه وشروطه فينصرف هذا الحكم الى كل شخص أو كل واقعة تتحقق فيه أو فيها هذه أو تلك الشروط فمثلا فى القاعدة التى تقرر أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم فاعله بجبر الضرر وبالتعويض عنه ، نجد ان الحكم القانونى ، وهو الزام المخطىء بالتعويض ولم ينصرف هذا الحكم الى شخص أو اشخاص معينين بذواتهم ولا الى واقعة بذاتها تسبب عنها ضرر ، ولكن تطبق القاعدة تطبيقا عاما على كل من يرتكب خطأ يترتب عليه ضرر .

على أن عموم قاعدة القانون أو تجريدها لايستلزم بداهة ضرورة تطبيقها على كل الافراد فى المجتمع ، ولو كانت تخاطب كل الافراد ، ذلك ان تطبيق القاعدة القانونية يرتبط بتوافر شروط الغرض الذى تطبق فيه ، وقد لايتحقق

الغرض الا بالنسبة لافراد محدودين ، فمثلا النصوص التى تحرم القتل والسرقة وتضع لذلك جزاء لن تطبق الا على من يقوم بهذه الجرائم ، وهم عدد محدود من افراد المجتمع .

كذلك لايقدح فى عموم قاعدة القانون أو تجريدها أن توجه الى طائفة من الناس تعين بصفة مشتركة بين افرادها ، كالتجار أو الطلاب أو الموظفين أو العمال بل ان قاعدة القانون تظل عامة ومجردة ولو كانت تتعلق بشخص واحد مادامت لاتضع حكمها له بالذات بل بصفته ، ومثال ذلك القواعد التى تحدد اختصاصات رئيس الدولة أو رئيس مجلس الوزراء .

أما اذا صدر الخطاب الى شخص معين باسمه ، أو بشأن واقعة معينة بالذات فقد يكون هذا الخطاب امرا اداريا أو حكما قضائيا لا قاعدة قانونية .

ويختلف الأمر الادارى أو الحكم القضائى عن القاعدة القانونية فى ان الامر الادارى أو الحكم القضائى يقتصر تطبيق أى منها على الشخص المعين أو الواقعة التى صدر بشأنها ، ويستنفذ قوته بهذا التطبيق ، أما القاعدة القانونية فلا تستنفذ قوتها بتطبيقها مرة أخرى أو مرات متعددة بل يتجدد العمل بها كلما توافرت شروط انطباقها .

المطلب الثانى

جزاء القاعدة القانونية

ويشترط أخيراً فى القاعدة القانونية ان تنطوى على جزاء يجعلها واجبة الاتباع ويحفز الناس على احترامها ويكفل سير علاقاتهم وفقا لها ، ومن ثم يتحقق الهدف من القانون فى فرض النظام .

والجزاء هو الاثر الذى يترتب وفقا للقانون على مخالفة القاعدة القانونية وهو بصفة عامة العمل أو الاعمال التى تواجه بها الجماعة مخالفة القواعد التى تفرضها ، من أحد المخاطبين بها ، لتكفل طاعة هذه القواعد لان تطبيق القانون

واتباع احكامه ، لايترك لرغبة كل فرد وهواه ولان عدم احترام القانون يعرض الجماعة للفوضى والانهيار .

وتتم طاعة قواعد القانون فى اغلب الاحوال برضاء الافراد فى المجتمع دون حاجة الى اجبارهم على ذلك ، مما يجعل حالات مخالفة قواعد القانون حالات استثنائية بالنسبة لحالات طاعتها حتى ولو كانت القواعد القانونية معارضة لرغبات الأفراد واهوائهم .

وطاعة القانون تتحقق سواء كان الباعث على ذلك هو الاقتناع الواعى بسلامة احكامه وعدالتها ، أو كانت هذه الطاعة دون اقتناع بذلك أو دون معرفة باهدافه وفى هذه الحالة الاخيرة يظهر اثر الجزاء الذى تقترن به قواعد القانون فى حمل الافراد على طاعته جبرا ، بالقيام بما يأمر به أو الامتناع عما ينهى عنه .

والجزاء على مخالفة القاعدة القانونية ينطوى على تحقيق الاجبار أو القسر على طاعته (١) ويتمثل فى اجراءات تنفذ بالقوة وتقتضى تدخل الجماعة أو الهيئات التى تفوضها فى ذلك لتوقيع العقوبات ولازالة اثار المخالفة أو بعضها اذا كان ذلك ممكنا ، فقواعد القانون التى تحرم السرقة تقضى بعقاب السارق وكذا بالزامه برد المسروق الى صاحبه ، والقاعدة التى تلزم الشخص بان يفى بما عليه من ديون تجيز الحكم عليه من القضاء بالقيام بهذا الوفاء ثم تنظم قواعد اخرى كيفية الحصول على حق الدائن من اموال المدين ، اذا امتنع عن تنفيذ حكم القضاء .

ويلاحظ ان بعض صور الجزاء فى القواعد القانونية لايقصد بها ازالة المخالفة واجبار من وقعت منهم على تعديل موقفهم المنافى للقانون ، وانما يقصد

---

(١) انظر فى الخلاف حول اهمية الجزاء فى القاعدة القانونية عبدالمنعم البدراوى المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٦٠م ص١٨ ومابعدها ، ومحمد على امام : محاضرات فى النظرية القانونية سنة ١٩٥٤م ص١١ ومابعدها وعبدالرزاق السنهورى واحمد حشمت ابوسيف اصول القانون سنة ١٩٥٢م ص٣٢ وحسن كيره : اصول القانون سنة ١٩٥٨م ص١٥ ومابعدها وسليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية ط٤ ص١٤ .

بالجزاء مجرد الاقتصاص من المخـالف وردع من تحدثـه نفسـه بمخالفـة تلك القواعد ، فالعقوبات التى توقع على مرتكبى الجرائم يقصد بها فى اغلب الاحوال كفالة احترام القانون بردع الناس عن ارتكاب الجرائم اذ ليس من الممكن دائما اصلاح ما ترتّب على وقوع الجريمة .

ويرى اغلب الكتاب ان الجزاء بهذا المعنى ركن جوهرى فى وجود القاعدة القانونية لان القاعدة لو تركت دون جزاء فلا توجد ما يحمل الناس على اتباعها فى علاقاتهم .

وهذا الجزاء هو الذى يميز فى نظرهم القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك . وقد رأى فريق من الكتاب ان الجزاء يعتبر شرطا لوجـود القاعـدة القانونية لا ركنا فيها ، ورأى نفر قليل من الكتاب انه يكفى لوجود القاعدة القانونية شعور الاغلبية الكبرى من الناس بان ما توجبه هذه القاعدة ضرورة لنظام المجتمع وتشككوا فى ضرورة الجزاء فى القاعدة القانونية .

ومن المسائل التى أثرت فى هذا النفر مابدا لهم من ان قواعد القانون الدولى العام ليس لها جزاء حتى رأى بعض الفقهاء ان القانون الدولى العام مثلا قانون ناقص ، ولكن الرأى الصواب يذهب الى ان هذا القانون قانون تام بالمعنى الصحيح وتنطوى قواعده على جزاءات تطبق على المخالفين لها وان كان تطبيقها لم يأخذ بعد الصورة المنظمة التى يراها فى تطبيق الجزاءات على مخالفة قواعد القانون الداخلى وذلك لوجود سلطة عليا لها السيادة فى المجال الداخلى وهو مايفتقده المجتمع الدولى .

والغالب فى الدول الحديثة ان يكون الجزاء منظما أى ان يكون معينا نوعه ومقداره وموكولا تطبيقه الى السلطة العامة ، فلا يجوز لاى فرد ان ينتقم لنفسه ممن اساء اليه بمخالفة القانون ، ولا ان يقتضى بالقوة حقه من مغتصبه ، وانما يجب عليه ان يلجأ فى ذلك الى السلطة العامة تبعا للاجراءات المقررة ، وهى توقع على مخالف القانون الجزاء المقرر لهذه المخالفة ومقداره .

على ان تنظيم الجزاء بهذا الشكل ليس ضروريا لوجود القاعدة القانونية ، فقد رأينا ان القانون ملازم لنشأة المجتمع ، وانه سابق فى وجوده على ظهور السلطة العامة ، وان جزاءه يكون فى المجتمعات البدائية متروكا عادة الى الأفراد يوقعونه بانفسهم .

وتنقسم الجزاءات الى جزاءات جنائية وجزاءات مدنية .

فالجزاء الجنائى عقوبة توقع على من يخالف القاعدة ، وهو إما ان يكون ماليا (غرامة او مصادرة) ، واما ان يكون بدنيا (حبس او سجن او اعدام) .

والجزاء المدنى كل اثر آخر يرتبه القانون على مخالفة القاعدة ، كالتنفيذ الجبرى وفرض الالتزام بالتعويض على كل من يتسبب فى الحاق ضرر بالغير ، وابطال العقد الذى يتم دون مراعاة للشروط القانونية .

المبحث الثالث : القانون والحق

اتجه بعض كبار فقهاء القانون الى انكار الحق باعتباره ميزة معينة لشخص ينبغى ان تحظى باحترام الاخرين ، ومن ابرز هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسى العميد « ليون ديجى » الذى اراد ان يحل محل فكرة واصطلاح الحق فكرة وإصطلاح « المركز القانونى » .

والواقع ان اصطلاح « الحق » اصبح من الشيوع فى تعبير الناس وفى كتب رجال الفقه وفى نصوص التشريع ، بحيث يغدو من غير المعقول العدول عنه ، خاصة وان المنكرين لاصطلاح وفكرة « الحق » لا يجدون انكارهم مؤثراً على الأحكام الخاصة بأصحاب الحقوق ولذلك يبدو أن فكرة واصطلاح « الحق » قد غدت صياغة فنية سهلة مختصرة للتعبير عن المركز الخاص الذى يعترف به القانون لبعض الاشخاص ، فالحق حقيقة قانونية لامناص من التسليم بها .

وقد يتبادر الى الذهن لاول وهلة ان تعريف الحق لايثير اى خلاف فى الرأى ولكن فقهاء القانون اختلفوا اختلافا كبيرا فى مدلول الحق ومفهومه ومن ثم فقد انقسموا على انفسهم فى شأن تعريفه [1] .

ويجرى الكتاب على تقسيم المذاهب المختلفة فى تعريف الحق الى ثلاثة : مذهب يسمى المذهب الشخصى ، لانه يجعل الحق متصلا بالشخص اذ يعرفه بانه قدره الأرادة او سلطانها والمذهب الثانى يسمى المذهب المادى (او الموضوعى) لانه يجعل المصلحة ـ مادية كانت او ادبية ـ هى جوهر الحق ، اما المذهب الثالث فيسمى المذهب المختلط ، لانه يحاول التقريب بين المذهبين الشخصى والموضوعى عن طريق وضع تعريف يجمع بين عناصر التعريفين السابقين .

والواقع ان افضل التعريفات فى نظرنا هو التعريف الذى ينطوى فيه الحق على عنصرين **اولها** : قدرة شخص على التصرف أو السلوك بطريقة معينة ، **وثانيهما** الحماية القانونية التى تكفل احترام هذه القدرة ، والتى تنتج من ان القدرة المذكورة يظلها القانون بحمايته .

ومن المسلم به ان « القدرة » تستلزم وجود « شخص » تنسب اليه ، كما ان موضوع هذه القدرة هو متوقف على اختيار صاحب الحق وفقا لاحكام القانون وطبقا لمصلحة يقرها .

وعلى هذا الاساس فان افضل تعريف وضعه الكتاب فى نظرنا للحق هو انه « قدرة لشخص من الاشخاص ، على ان يقوم بعمل معين ، يمنحها القانون

---

(١) انظر د . جميل شرقاوى : دروس فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٥م ود . حسن كيره المرجع السابق ود . عبدالمنعم فرج الصده نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ود . شمس الدين الوكيل : محاضرات فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٣م .

ويحميها تحقيقا لمصلحة يقرها » [1]

وقد فرق بعض الكتاب بين الحقوق والحريات العامة ، ، كحرية الاعتقاد وحرية عقد الاجتماعات وحرية التملك .. الخ . والتى يسير اغلب الفقه على تسميتها بالحقوق العامة فقالوا انها لاتعتبر حقوقا بالمعنى الصحيح « لانها لاتفترض ما تفترضه الحقوق من وجود رابطة قانونية ومن وجود استئثار وانفراد بما تخوله هذه الرابطة القانونية من تسلط وإقتضاءوان انعدام وجود الرابطة القانونية فيها يؤدى الى « الا » تتفاوت بشأنها المراكز بين الاشخاص بل هى تفترض وجود الاشخاص فى نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات » .

ولكن من الملاحظ ان خاصة الاستئثار الذى يحاول هؤلاء الكتاب نفى وجودها فى الحريات العامة موجودة رغم ذلك ، فكل شخص له حياته وحرية اعتقاده الخاصة لايستطيع احد ان ينازعه فيها ، ولايقدح فى ذلك أن يكون لغيره من الناس مثل حالة من هذه القدرة .

والجدير بالذكر اننا لو بحثنا عن عنصرى الحق فى الحريات العامة لوجدناهما متوافرين فالحرية العامة أو الحق العام يتضمن القدرة بالنسبة لاعمال

---

(١) انظر فى هذا الخصوص جميل الشرقاوى : دروس اصول القانون ١١٩٧٢ ص ٢٤٤ ومحمد سامى مدكور تعريف الخف بانه سلطة يقرها القانون لشخص بمقتضاها يكون لهذا الشخص ميزة القيام بعمل معين . نظرية الحق ص٩ وتعريف عبد المنعم المدة نظرية الحق ص٧ ـ
وسليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية ص ٣١٦ فقرة ١٩٨ وتعريف عبد الحى حجازى نظرية الحق ص١٥ . وانظر مع ذلك تعريف الحق بانه"صلة بين طرفين وتنطوى على مصلحة يحميها المشرع"فى شفيق شحاته محاضرات للنظرية العامة للحق ص٩ ونقد هذا التعريف فى المدخل للعلوم القانونية سليمان مرقس ص ٣١٥ هامش ٤ .

معينة يأتيها الشخص (وهذا هو العنصر الاول) ، وهى قدرة يحميها القانون بوسائله ، بمعنى ان من يعوقها تتخذ ضده وسائل القانون لاجباره على احترامها (وهذا هو العنصر الثانى) ، فحرية ابداء الرأى مثلا تجعل للفرد ان يكتب أو ان يذيع رأيه على أية صورة ، كما تيسر له سبيل التغلب على اية صعوبة يثيرها الغير امام مباشرته لها ، بوضع وسائل القانون فى خدمته طالما **كانت ممارسة الحق العام فى حدود القانون** ، وهكذا يبين ان الحريات العامة حقوق بالمعنى الصحيح .

الفصل الثاني

تقسيمات وفروع القانون

قسم الفقهاء الرومان القانون الى قانون عام وقانون خاص ، ولا يزال هذا التقسيم هو التقسيم الاساسى الذى اعتمده اغلب رجال الفقه بالرغم من الانتقادات التى وجهت اليه للعدول عنه .

وبالرغم من تأييد غالبية الفقهاء لهذا التقسيم فان هناك خلافا شديدا حول تحديد المعيار الذى يتقرر على اساسه ما اذا كانت قاعدة معينة تعتبر من قواعد القانون العام او من قواعد القانون الخاص ، وعلى اية حال فان القانون العام يتضمن مجموعة القواعد القانونية التى تبين نظام الدولة الاساسى وتنظم العلاقات التى تنشأ بين الدولة واحد فروعها وأى واحد من الاشخاص العاديين .

ولكن يلاحظ ان للدولة فوق نشاطها باعتبارها صاحبة السيادة نشاطا آخر من نشاط الاشخاص العاديين ، اذ تستطيع ان تتعاقد بالبيع والشراء والايجار

وغيره وان تملك اموالا خاصة يجوز لها التصرف فيها كما يتصرف الاشخاص العاديون فى اموالهم ، وهى فى هذا النوع من النشاط تعتبر كأى شخص عادى ، فتخرج علاقاتها المتصلة به عن دائرة القانون العام .

فاذا توخينا الدقة والايجاز فى تعريف القانون العام قلنا انه مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم كيان الدولة والعلاقات التى تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة .

اما القانون الخاص فيشمل مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات الافراد والاشخاص المعنوية الخاصة فيما بينهم ، أو بعبارة ادق هو مجموعة القواعد القانونيه التى تنظم العلاقات التى لا تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة .

والاصل ان القانون الخاص هو الذى يرتب المصالح الخاصة وان القانون العام يعنى قبل كل شىء بالمصلحة العامة ، ومن هنا تظهر اهمية التفرقة بينهما اذ يعتبر الاصل فى قواعد القانون الخاص أنه يجوز لذوى الشأن عند التعامل فيما يتعلق بمصالحهم الخاصة أن يتفقوا احيانا على ما يخالف تلك القواعد ، أما قواعد القانون العام فالاصل فيها عدم جواز الاتفاق على مايخالفها لانها موضوعة للمصلحة العامة وهى فوق المصالح الخاصة ولايجوز المساس بها ولاتقف اهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص عند ذلك فحسب اذ يعطى القانون العام السلطة العامة كثيرا من الامتيازات لايعطيها القانون الخاص لاشخاصه ، فهى تضع اللوائح وتتخذ القرارات وتنفذها من جانبها دون توقف على الحصول على رضا الافراد ، وهى فى تنفيذها تنفذ قراراتها دون انتظار لنتيجة تظلم الافراد او لطعنهم فى هذه القرارات . فلها مثلا ان توقع الحجز الادارى دون سبق الحصول على حكم من القضاء .

كذلك فان العقود التى تبرمها السلطة العامة باعتبارها صاحبة السلطان وتسمى بالعقود الادارية لاتخضع لقواعد العقود بين الافراد التى تبحث عن

التوازن بين اطراف العقد بل يغلب عند تطبيق هذه العقود وعند تفسيرها الصالح العام الذى تستهدفه السلطة العامة من تعاقدها ، وبناء على ذلك يكون للادارة ان تلغى العقد أو تعدل من شروطه بارادتها المنفردة فى بعض الاحيان ووفقا لاحكام القانون متى اقتضت المصلحة العامة ذلك .

وفضلا عن ذلك فان ملكية الدولة العامة أو مايسمى بالدومين العام تفترق عن ملكيتها الخاصة والدومين الخاص وتخضع لقواعد تغاير تلك التى تخضع لها الملكية الخاصة للدولة وملكية الافراد ، ومن ذلك مثلا انه لايجوز لها التصرف فيها .

واخيرا فان مايثور من نزاع بين الدولة والافراد ويتعلق برابطة من روابط القانون العام ، تختص بنظره محاكم خاصة فى كثير من بلاد العالم التى انشأت المحاكم الادارية . ويشمل كل من القانون العام والقانون الخاص عدة فروع تتضمن كل منها القواعد التى تنظم نوعا معينا من العلاقات .

المبحث الأول : فروع القانون العام

تنقسم العلاقات التى تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة الى نوعين :

١ ـ علاقات الدولة بغيرها من الدول .
٢ ـ علاقات الدولة فى النطاق الداخلى .

وينقسم القانون العام تبعا لذلك الى فرعين كبيرين هما : القانون العام الدولى والقانون العام الداخلى .

المطلب الأول

القانون العام الدولى او القانون الدولى العام

هو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الدول بعضها بالبعض الاخر سواء اكان ذلك فى زمن الحرب او السلم او الحياد .

ويلاحظ ان قواعد القانون الدولى العام فى الاصل قواعد اخلاقية تأمر الدول فيما بينها بحسن المعاملة والاحترام المتبادل واتباع قواعد العدل والانصاف ، وتنهاها عن الجشع والغدر والاعتداء ، وقد جرت الدول على هذه المبادىء حقبة طويلة من الزمن ، ثم ازداد شعور المجتمع الدولى بضرورة اتباع هذه الاخلاق ووجوب مراعاتها فى علاقات الدول فيما بينها . فأخذ الفقهاء يعتبرون هذه المبادىء وما يتفرع عليها قواعد قانونية واجبة الاتباع فيما بين الدول ، واستمر اتباع الدول لهذه القواعد كعرف دولى ، ومن هذا يبين لنا مدى الاهمية البالغة للعرف كمصدر من مصادر القانون الدولى العام .

ويرى بعض الفقهاء ان القانون الدولى العام بحالته الحاضرة ليس قانونا بالمعنى الصحيح لانه ينقصه امران :

الاول : وجود هيئة تشريعية عليا تملك وضع قوانين ملزمة الدول .

الثانى : وجود سلطة عليا تملك توقيع الجزاء على الدول التى تخالف تلك القوانين .

ونحن نرى مع اغلبية الفقه الحديث ان كلا الامرين ليس ضروريا لوجود القانون ، فقد تقدم أنّ القانون ضرورة اجتماعية ينشأ بنشوء المجتمع وانه فى المجتمعات البدائية يقتصر على بضع قواعد بسيطة يتعارف عليها افراد تلك المجتمعات ، وان هذه القواعد التى تنشأ فى كل مجتمع عن طريق العرف تعتبر قواعد قانونية بالرغم من عدم وجود هيئة تشريعية عليا صدرت عنها ، كما ان العرف يكفى لتكوين القانون الداخلى فى المجتمعات الاولية ، فانه يكفى

لتكوين القانون الذى ينظم علاقات الدول فى المجتمع الدولى ، هذا المجتمع الذى لا تزال علاقات أعضائه فيما بينهم تشبه العلاقات التى تنشأ بين افراد كل مجتمع فى بدء تكوينه .

وكذلك فمن المعروف ان جزاء القانون فى تلك المرحلة من مراحل تطور المجتمعات يكون عادة متروكا الى الافراد يوقعونه بانفسهم ، دون ان يكون تطبيق هذا الجزاء منظما ولا موكولا الى سلطة عليا وهذا هو واقع الحال فى المجتمع الدولى فى الوقت الحاضر الذى تنشأ فيه الكثير من القواعد القانونية عن طريق العرف ويكون توقيع الجزاء على المعتدى متروكا للمعتدى عليه يوقعه بنفسه ويستعين فى ذلك بحلفائه ، وعلى اية حال فمن الواضح ان انشاء عصبة الامم ثم منظمة الامم المتحدة وتزايد الاتفاقيات الدولية كانت عوامل هامة اسهمت فى تطور القانون الدولى العام .

ومن الجدير بالذكر ان منظمة الامم المتحدة تملك الان ـ فى حدود معينة ـ توقيع جزاءات على الدول التى تخالف ميثاقها او تخالف القانون الدولى العام ، فالقانون الدولى العام قانون بالمعنى الصحيح ، واذا كان لم يصل بعد الى الدور الذى وصل اليه القانون الداخلى ، فانه يخطو نحو التطور بخطى واسعة .

المطلب الثانى

القانون العام الداخلى

هو مجموعة القواعد التى تحدد كيان الدولة وتنظم العلاقات فيما بينها باعتبارها صاحبة السيادة وبين غيرها من الاشخاص المعنوية الداخلية او بينها وبين الاشخاص العاديين وهو يشمل عدة فروع .

١ ـ القانون الدستورى

٢ ـ القانون الادارى

٣ ـ القانون المالى
٤ ـ القانون القضائى
٥ ـ قانون العقوبات
٦ ـ قانون الاجراءات الجنائية او الجزائية

١ القانون الدستورى :

القانون الدستورى هو مجموعة القواعد التى تبين اسس الدولة ، فتعين شكلها وتبين توزيع السلطات فيها والهيئات التى تباشر هذه السلطات وعلاقة كل منها بالاخرى ، وتحدد حقوق الافراد السياسية وما يلزم لحرياتهم من ضمانات .

ويرسم القانون الدستورى شكل الدولة ، والدول من حيث شكلها اما ان تكون ملكية او جمهورية ، ديموقراطية او ديكتاتورية. نيابية او غير نيابية ، بسيطة او اتحادية ... الخ

ويبين توزيع السلطات فيها ، والسلطات فى الدول الحديثة ثلاث :
سلطة التشريع ، وسلطة التنفيذ ، وسلطة القضاء .

ويعين القانون الدستورى الهيئات التى تباشر هذه السلطات ، ويبين علاقة كل من هذه الهيئات بالاخرى ، وهو فى ذلك اما ان يقرر مبدأ الفصل التام بين السلطات ، واما ان ينظم نوعا من التداخل المتبادل بينها ، فيحدد مدى تدخل كل سلطة فى عمل السلطتين الاخريين ، ويبين الى أى حد يجوز لرئيس الدولة وللوزراء ان يتدخلوا فى سلطة التشريع وفى عمل القضاء ، وما اذا كانت السلطة التشريعية تملك رقابة ما على السلطة التنفيذية ام لا ، وما اذا كانت المحاكم لها حق الرقابة على صحة القوانين التى تصدرها الهيئة التشريعية وسلامة الاوامر والاعمال التى تصدر عن السلطة التنفيذية ام لا .

واخيرا يقرر القانون الدستورى مدى مساهمة الافراد فى تكوين سلطات الدولة عن طريق الانتخاب او غيره ويبين حقوق الفرد فى الدولة وينص على

حمايتها وهذه الحقوق تتركز جميعها فى الحرية والمساواة ، الحرية فى جميع صورها كالحرية الشخصية وحرية التملك وحرية الرأى وحرية الدين وحرية الاجتماع ، والمساواة فى جميع المزايا التى تتيحها الدولة للافراد وفى التكاليف التى تفرضها عليهم كالحق فى تولى الوظائف العامة والخدمة العسكرية والضرائب المالية .

ويتناول القانون الدستورى جميع هذه الموضوعات واضعا المبادىء العامة مقتصرا على امهات المسائل تاركا التفاصيل الى القوانين الاخرى .

ولذلك سميت مجموعة قواعده بالقانون الاساسى او قانون النظام الاساسى او دستور الدولة .

وقد انكر بعض الفقهاء على القانون الدستورى ، كما انكروا على القانون الدولى العام ، اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح وذلك لعدم وجود جزاء على مخالفة قواعده .

ولكن الواقع ان القانون الدستورى قانون بالمعنى الصحيح ، لأن جميع الافراد وكذلك جميع الهيئات التى تتكون منها الدولة ، ينظرون اليه باعتباره اعظم القوانين شأنا واوجبها اتباعا ويعتبرون ادنى مخالفة له جرما كبيرا يهدد كيان المجتمع نفسه ، فمخالفة قواعد الدستور لا تخلو من رد فعل مادى يعتبر جزاء لها ، بل ان هذا الجزاء قد يفوق فى خطورته أى جزاء آخر يمكن ان يكفل احترام النظم والقواعد القانونية .

[٢] القانون الادارى :

القانون الادارى هو مجموعة القواعد التى تنظم نشاط السلطة التنفيذية فى الدولة فى غير النطاق السياسى ، فالقانون الدستورى يقتصر على بيان سلطات الدولة الثلاث بما فيها السلطة التنفيذية وعلاقة كل منها بالاخرى ، ثم يتولى القانون الادارى بيان كيفية مباشرة السلطة التنفيذية لاختصاصاتها والقواعد التى تحكم نشاطها فى ادارة المرافق العامة .

فالقانون الاداری اذا هو مجموعة القواعد التی تنظم قیام السلطة التنفیذیة بما یطلق علیه اعمال الادارة . اذ من المعروف ان السلطة التنفیذیة تقوم بنوعین من الاعمال یطلق علی الاول منهما الاعمال الحکومیة او اعمال السیادة ، ویطلق علی الثانی اعمال الادارة ، ومثال النوع الاول اعلان حالة الحرب ، ودعوة المجلس التشریعی للانعقاد ، وحله . وهی اعمال تتسم بالاهمیة والخطورة ومن ثم ینظمها الدستور مباشرة .. اما الاعمال الاخری فهی تتعلق بتصریف الحیاة الجاریة فی المجتمع ، کتعیین الموظفین وفصلهم واصدار القرارات المتعلقة بمرفق معین فهی التی ینظمها القانون الاداری ، وعلی ضوء هذه التفرقة تبدو الصلة الشدیدة بین القانون الدستوری والقانون الاداری تلك الصلة التی لا تتمثل فقط فی ان عمل سلطة واحدة ـ هی السلطة التنفیذیة ـ یحکم جانبا منه القانون الدستوری بینما یحکم الجانب الاخر القانون الاداری ، وانما تتمثل ایضا فی ان الدستور ـ فی الجانب الذی لا یحکمه ـ کثیرا ما یضع الخطوط العامة ویترك التفاصیل للقانون الاداری .

ومن امثلة ما یعتبر من اعمال الادارة وتخضع للقانون الاداری ما یأتی :

١ ـ تنظیم المرافق العامة ، والهیئات التی تتولی تقدیم الخدمات الی الشعب ، وهل تتولاها فی سائر انحاء الدولة ام تقتصر علی رقعة معینة الحدود ، وفی الحالة الاخیرة ما مدی العلاقة بین هذه الهیئة المحلیة والسلطة المرکزیة وبیان الاشخاص الذین یتولون هذه الاعمال واختصاصاتهم .

٢ ـ تنظیم العلاقة بین المرافق العامة وعمالها او من یسمون بالموظفین من حیث التعیین والترقیة والنقل والتأدیب .

٣ ـ تنظیم اموال الدولة ، وهی تنقسم الی قسمین : اموال عامة اودومین عام ، واموال خاصة او دومین خاص ، اما الاولی فتخصص للمنفعة العامة ای یفید منها الجمهور ، کالشوارع والجسور ، والثانیة تتملکها الدولة کما یملك الافراد اموالهم .

هذا ومن الملاحظ ان القانون الادارى متطور تطور الحياة الاجتماعية ذاتها ، كما ان نطاقه يتسع كلما اتسع نشاط الدولة .

٣ القانون المالى :

كان القانون المالى فرعا من القانون الادارى ينظم مالية ، الدولة ، فيبين طرق الانفاق ووجود الإيرادات المختلفة من رسوم وضرائب وقروض فضلا عن ايرادات ممتلكات الدولة ويضع الضوابط لتحصيل كل من هذه الايرادات المتنوعة ، ثم يعين القواعد التى تتبع فى تحضير الميزانية السنوية وفى تنفيذها وفى الرقابة على هذا التنفيذ ، وقد استقل القانون المالى فى العصر الحديث فصار فرعا مستقلا من فروع القانون العام .

٤ قانون النظام القضائى

ويشمل مجموعة القواعد التى تنظم السلطة القضائية وتعين جهات القضاء المختلفة واختصاص كل منها ، وترتب المحاكم فى داخل كل جهة قضائية واختصاص كل منها ، وتكفل استقلال القضاء .

٥ قانون العقوبات :

ويشمل قانون العقوبات قسمين هما :

أ ـ القسم العام وهو الذى يبين القواعد العامة للمسئولية الجنائية والظروف المخففة والمشددة ويقسم الجرائم تبعا للعقوبة المقررة لكل منها .

ب ـ والقسم الخاص يعين كل جريمة على حدة ويبين اركانها وصورها المختلفة والعقوبة التى توقع على مرتكبها .

٦ قانون الاجراءات الجنائية او الجزائية

ويقتصر على بيان الاجراءات التى تتبع لتطبيق احكام قانون العقوبات

فهو قانون اجرائى او قانون شكلى . وهو يفترض ان جريمة وقعت بالفعل ويبين الاجراءات التى تتبع فى شأنها من وقت وقوعها الى وقت توقيع الجزاء عنها . فيعين سلطة الضبطيه القضائية وسلطة التحقيق ، ويبين اختصاصاتها ولا سيما فيما يتعلق بالقبض والتفتيش والحبس الاحتياطى وجمع أدلة الإدانة .

ثم يبين طريقة احالة المتهم الى المحكمة الجزائية واجراءات المحاكمة وطرق الطعن في الاحكام وتنفيذ العقوبات التى يحكم بها .

المبحث الثاني : فروع القانون الخاص

القانون الخاص هو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الافراد فيما بينهم وهى العلاقات التى تعتبر من صميم الحياة فى المجتمع ، كالتعامل والتزاوج والنسب ، ولان تنظيم هذه العلاقات هو الغرض الذى من اجله تألفت الدول وسلطاتها المختلفة ، يمكن القول بان قواعد القانون العام ليست الا وسيلة للوصول الى حسن تنظيم العلاقات التى تدخل فى القانون الخاص .

وينقسم القانون الخاص الى قوانين موضوعية وقوانين شكلية .

وتشمل القوانين الموضوعية القانون المدنى ، وقانون التجارة البرية وقانون التجارة البحرية وقانون الطيران وقانون العمل .

اما القوانين الشكلية فتشمل قواعد الاجراءات التى تتبع لدى محاكم الدولة (قانون المرافعات) ، وقواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص بين محاكم تابعة لبلاد مختلفة (القانون الدولى الخاص) .

وقد رأى بعض الكتاب انه لم يبق من فروع القانون الخاص الا القانون المدنى[1] وانه قد انفصلت بعض قواعد القانون الخاص مكونة فروعا مستقلة

---

١ ـ انظر د . احمد سلامه : المدخل لدراسة القانون الكتاب الاول سنة ١٩٧٥ م ص ٧٣ .

ذات طابع مختلط ، وبقى القانون المدنى وحده هو الذى ينطبق عليه وصف القانون الخاص ، وقد قصد هؤلاء الكتاب بالفروع ذات الطابع المختلط تلك التى تتضمن قواعد من القانون العام ، وقواعد من القانون الخاص ، ولا يمكن باطمئنان القول بانها تنتسب الى واحد منهما ، وهى فروع كانت فى الاصل من فروع القانون الخاص ، انما نظرا لازدياد تدخل الدولة فان ملامح القانون العام قد ظهرت فى ثناياها ، وهذه الفروع يمكن تقسيمها الى ثلاثة اقسام وفقا لما ارتآه هؤلاء الكتاب (١) .

الاول يمكن تسميته بالقواعد المهنية ، والثانى يمكن تسميته بالقواعد الجزائية والثالث يسمى بقواعد القانون الدولى الخاص ، وقد سمى الاول بالقواعد المهنية لانه يخاطب وسطا اجتماعيا معينا او مجموعة اجتماعية معينة ، وسمى الثانى بالقواعد الجزائية لانه يبين الجزاءات التى توقع على شخص عندما يخالف قاعدة قانونية ، كما يبين الاجراءات التى تتخذ لتوقيعها ، اما القسم الثالث فقد اخذ تسميته سالفة الذكر لانه يحكم علاقات ذات عنصر اجنبى .

وقد قسم هؤلاء الكتاب فروع القانون المهنى الى القانون التجارى والقانون البحرى والقانون الجوى وقانون العمل والقانون الزراعى ، كما قسموا فروع القانون الجزائى الى القانون الجنائى وقانون المرافعات المدنية والتجارية ثم درس هؤلاء الكتاب القانون الدولى الخاص على استقلال .

وأيا كانت الاعتبارات التى حدت بهؤلاء الكتاب الى هذا التقسيم . أو حدت بغيرهم الى الهجوم على التقسيم التقليدى للقانون الى القانون العام والقانون الخاص ، فان هذا التقسيم التقليدى يعد بالرغم من كثرة تدخل الدولة فى قواعد القانون الخاص استجابة للظروف الاقتصادية والاجتماعيةالتى اقتضتها

---

١ ـ المرجع السابق ص ٧٤ وانظر مع ذلك د . جميل الشرقاوى دروس فى اصول القانون سنة ١٩٧٢ م ص ٥٢

الحياة المعاصرة ـ هو التقسيم الامثل الذى ييسر على افضل وجه دراسة القانون ـ ولذلك فاننا ستلتزم به فى دراستنا .

وينقسم القانون الخاص فى نظرنا الى القانون المدنى ، والقانون التجارى ، وقانون التجارة البحرية ، وقانون الطيران ، وقانون العمل ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، والقانون الدولى الخاص

(١) القانون المدنى :

يتناول القانون المدنى تنظيم نوعين من الروابط ويشمل تبعا لذلك مجموعتين متميزتين من القواعد : ـ

اولا : مجموعة قواعد الاحوال الشخصية او قانون الاحوال الشخصية وهى تنظم الروابط الناشئة من صلة الشخص باسرته .

ثانيا : مجموعة قواعد المعاملات او الاحوال العينية ، وهى تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالى للشخص .

وتشمل مجموعة قواعد الاحوال الشخصية .

١ ـ قواعد تعيين اهلية الشخص لان يكون صاحب حقوق او مكلفا بواجبات قانونية (وتسمى اهلية الوجوب) ، واهليته للقيام بالاعمال القانونية التى تكسبه حقوقه او تحمله التزامات (وتسمى اهلية الاداء) .

٢ ـ قواعد تنظيم روابط الفرد باسرته ، وتتركز هذه الروابط فى عقد الزواج وما ينشأ عنه . فتشمل عقد الزواج وشروط انعقاده وصحته وما يترتب عليه من آثار فيما بين الزوجين ، واسباب الفرقة والطلاق ونسب الاولاد الذين يولدون فى اثناء قيام الزوجية واثبات النسب ، وما يترتب على ثبوت النسب من آثار كحقوق النفقة والرضاع والحضانة والميراث ، ويلحق بالميراث الوصية وفى بعض القوانين تلحق به ايضا الهبة .

وتشمل الاحوال العينية او قانون المعاملات تنظيم علاقات الشخص بغيره فيما يتعلق بالاموال ، فتعرف المال وتبين انواعه وتحدد سلطة الشخص على

الاشياء (وتسمى حقا عينيا) وحقه فى الحصول من غيره على نتيجة ذات قيمة مالية (ويسمى حقا شخصيا) ومصادر هذه الحقوق بانواعها وطرق انتقالها وانقضائها .

ولان القانون المدنى هو الاصل العام لجميع فروع القانون الخاص ، فهو يشمل المبادىء القانونية العامة او المشتركة بين جميع هذه الفروع مثل تعريف الاشخاص والاشياء وتقسيمها ومثل قواعد سريان القوانين من حيث الزمان .

(٢) القانون التجاري :

هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات المالية الناشئة عن الاعمال التجارية فهو يعرف التاجر والعمل التجارى ، وينظم العقود التجارية والشركات والاوراق التجارية سواء اكانت شيكات او كمبيالات وسندات تحت الاذن او لحاملها ، ثم يبين قواعد افلاس التاجر من حيث شروط الحكم به وشهره والاجراءات التى يستتبعها وحقوق دائنى المفلس وامكان الصلح بينهم وبين المفلس .

ومن الاسباب التى دعت الى وضع قواعد خاصة للتجارة وعدم الاكتفاء فى شأنها بقواعد القانون المدنى ما يأتى : ـ

(أ) حاجة التجارة إلى السرعة فى التعامل ، فإن هذه الحاجة قد اقتضت مثلا إعفاء التجار من التقيد بقواعد القانون المدنى فى الاثبات وفى حوالة الحقوق .

(ب) ضرورة توفر الثقة فى شخص التاجر واعماله ، وقد املت هذه الثقة على المشرع تنظيم اعمال التاجر بالزامه بامساك دفاتر منتظمة وشهر افلاسه اذا توقف عن الدفع ومعاقبته إذا بدا منه تقصير او تدليس ادى الى افلاسه .

(جـ) ظهور نظم جديدة فى التجارة لم يكن لها وجود فى التعامل غير التجارى كالبنوك والبورصات والاوراق التجارية ، مما اقتضى ان توضع لها قواعد خاصة بها .

(٣) قانون التجارة البحرية :

وهو مجموعة من القواعد التى تنظم التجارة فى البحار ، وتتركز العلاقات التى ينظمها حول اهم عامل فى التجارة البحرية وهو السفينة ، فينظم قانون التجارة بيع السفينة وشراءها وشحنها والتأمين عليها وعلى مشحوناتها وعقد العمل بين صاحبها وربانها وملاحيها .

ومن الاسباب التى دعت الى وضع قواعد خاصة للتجارة البحرية ، كبر قيمة السفينة وتعرضها لاخطار خاصة وخروجها فى اثناء استغلالها عن رقابة صاحبها ولذا فان بعض الدول تفرد للتجارة البحرية قانونا خاصا بها .

(٤) قانون الطيران .

نتيجة لازدياد حركة الطيران فقد استقلت قواعد هذا القانون مكونة فرعا مستقلا فى بعض الدول ، وإن كانت طبيعة هذا القانون وتبعيته للقانون العام او الخاص محل خلاف كبير بين بعض الكتاب .

ونظرا لان هذا الفرع من فروع القانون حديث التكوين فمازالت قواعده متناثرة فى تشريعات عدة ولم يتم توحيدها فى صورة تقنينات .

(٥) قانون العمل :

هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقة بين العامل وصاحب العمل ، أى العلاقة التى تقوم بين شخص يقدم جهده للغير فى مقابل اجر ، ويخضع فى اداء عمله لتوجيه واشراف صاحب العمل .

وعلاقة العمل عبارة عن صورة من المعاملات التى تتم بين الافراد والتى كان يحكمها القانون المدنى الى عهد قريب ، بل مازالت اغلب القوانين المدنية تتضمن اسس تنظيم هذه العلاقة ، ولكن علاقة العمل اكتسبت اهمية خاصة بسبب زيادة عدد العمال زيادة كبيرة فى المجتمعات الحديثة ، مما ادى الى تدخل

الدولة عن طريق سن القوانين والتشريعات المختلفة لحماية حقوقهم ووضع اطار عام لالتزاماتهم .

وقد كونت تشريعات العمل مع الوقت فرعا مستقلا من فروع القانون يتناول مسائل كثيرة منها ما يأتى : ـ

(أ) تنظيم العمل بتحديد ساعات العمل اليومى ، وتحديد اوقات الراحة اليومية والاسبوعية وتقرير حق العامل فى الاجازة السنوية والمرضية واجازة الوضع للعاملة وتنظيم عمل النساء والاحداث . وتوفير ما يحقق صحة وسلامة العمال وحمايتهم من الامراض والاصابات .

(ب) تحديد الاجور وتنظيم الوفاء بها ، وتحديد الامتيازات الاضافية التى يتمتع بها العمال وكذلك الضمانات التى تتصل بحق العامل فى الاجر وفى الميزات الاضافية المذكورة .

(جـ) فواعد انتهاء علاقة العمل والضمانات التى كفلها القانون للعامل فى هذا الخصوص .

(د) وضع القواعد الخاصة بانضمام العمال إلى النقابات التى تنظم جهودهم وتضم قواهم لحماية مصالحهم وتحسين احوالهم ، وتحديد اختصاصاتها بما فى ذلك ابرام الاتفاقيات باسم العمال مع اصحاب الاعمال (عقود العمل المشتركة) او المشاركة فى فض المنازعات التى تنشأ بين الطرفين الى غير ذلك مما يحقق مصالح العمال ويحقق التوازن بين مصالحهم ومصالح ارباب الاعمال .

وبالاضافة الى هذا كله فقد عنيت الانظمة القانونية بوضع قواعد التأمينات الاجتماعية التى تضمن للعمال حصولهم على دخل يعيشون منه عند العجز او الشيخوخة او المرض او الاصابة او البطالة ، وبالرغم من ارتباط هذه القواعد بقواعد قانون العمل الا أن الكثير من التشريعات تفرد لها قانونا مستقلا باسم قانون « التأمينات الاجتماعية » .

(٦) قانون المرافعات المدنية والتجارية :

وهو يشمل مجموعة القواعد التى تعين الاجراءات واجبة الاتباع امام المحاكم التى تطبق القانون المدنى او التجارى .

فهو الذى يبين طريقة رفع الدعوى ووسائل تحقيقها وما يجوز إبداؤه فيها من دفوع وكيفية الحكم فيها وطرق الطعن فى الاحكام ومواعيدها ، فاذا صار الحكم نهائيا رسم قانون المرافعات اجراءات تنفيذه ، من حجز مال المدين وبيعه الى توزيع الثمن بين الدائنين حسب الاحوال .

ويتضح من ذلك ان قانون المرافعات قانون اجراءات او قانون شكلى لا قانون موضوعى . وقد كان الاساس فى اعتبار قانون المرافعات من فروع القانون الخاص بالرغم من ان قواعده تنظم عمل القضاء وهو سلطة عامة الا ان هذا الفرع من فروع القانون يسهم فى وضع قواعد القانون الخاص موضع التطبيق ومن ثم فانه يتأثر فى طابعه العام بخصائص الحقوق المستمدة من فروع ذلك القسم من اقسام القانون .

(٧) القانون الدولى الخاص :

هو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الافراد التى يكون فيها عنصر اجنبى ، من حيث بيان المحكمة المختصة والقانون واجب التطبيق فى كل نوع من انواع هذه العلاقات واهم العناصر الاجنبية التى تدخل فى تكوين علاقات الافراد ، فتثير بشأنها خلافا على المحكمة المختصة او على القانون واجب التطبيق ، ان يكون احد طرفى العلاقة القانونية او كلاهما اجنبيا عن البلد الذى رفع النزاع الى محاكمه ، او ان يكون مصدر هذه العلاقة عقدا ابرم فى الخارج او محلها مالا ثابتا موجودا فى بلد اجنبى .

وقواعد القانون الدولى الخاص فيما عدا احكام قانون الجنسية التى تبين من يعتبر مواطنا ومن يعتبر اجنبيا ـ قواعد اجراءات او قواعد شكلية تقتصر وظيفتها على الارشاد الى المحكمة المختصة او الى القانون واجب التطبيق فى بعض

الحالات ، ولا تمس موضوع النـزاع الاصلى لان الفصـل فى هذا الموضـوع لا يكون الا بتطبيق القانون الموضوعى الذى تحيلنا اليه قواعد القانون الدولى الخاص .

وعلى هذا يمكن ان نعرف القانون الدولى بانه مجموعة من القواعد القانونية التى تنظم حل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص بالنسبـة للعلاقـات ذات العنصر الاجنبى كما تنظم الجنسية ومركز الاجانب فى الدولة .

ولا يوجد قانون دولى خاص واحد لكل الدول ، بل يوجد قانون دولى خاص لكل واحدة منها ، بعد جزأ من قانونها الداخلى .

المبحث الثالث : تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد آمره وقواعد مقرره

لاحظ فقهاء القانون ان القواعد القانونية نوعان النوع الاول منها لايجوز الاتفاق على عكسه والنوع الثانى من هذه القواعد هى تلك التى يجوز الاتفاق على خلافها فاطلقوا على القواعد التى لايجوز الاتفاق على عكسهـا او على الخروج على احكامها .

القواعد الآمرة وسموا الاخرى القواعد المقررة وتقسيم قواعد القانون الى قواعد آمره وقواعد مقررة يقوم على اساس الاختلاف فى الصورة التى يتحقق بها الزام كل نوع من هذه القواعد ذلك ان كلا من القواعد الآمرة والقواعد المقررة قواعد قانونية ملزمة ، والفرق بينهما ليس فى قوة الالزام بل فى شروط الالتزام بكل منهما .

فالقواعد الآمرة قواعد لاتترك الخيار للمخاطبين بها فى اتباع حكمها او عدم اتباعه بل هى قاعدة واجبة الاتباع فى جميع الأحوال ، ولايجوز ان يقع بـين

الافراد اتفاق على خلافها . والا كان هذا الاتفاق باطلا لا أثر له فهى تنظم سلوك الافراد فى المجال الذى تتعرض له ، تنظيا لايترك مجالا لحرية الافراد فى اتخاذ سلوك غيره .

وهذا النوع من القواعد القانونية الآمرة يتعلق عادة بتحقيق النظام الاجتماعى كمنع الاعتداء على نفس الغير او ماله فالقواعد التى تحرم القتل والضرب والسرقة أو الاضرار بمال الغير او بمصالحه . قواعد آمرة ، ولايسمح القانون ان تخالف باية صورة ، ولو كان ذلك نتيجة لاتفاق ذوى المصلحة ، فلو طلب مريض ميئوس من شفائه من شخص قريب له ان يقتله تخليصا له من آلامه ، فان تنفيذ القتل برضاء المجنى عليه لايغير وصف جريمة القتل ولايحولها الى عمل مباح .

أما القواعد المقررة فهى تلك التى تضع تنظيا قانونيا لبعض المسائل التى تتعلق بالمعاملات المالية للافراد ، ولكن أتباع هذا التنظيم ليس حتميا ، بمعنى أنه يجوز للافراد إذا أرادوا ان يضعوا باتفاقهم قاعدة لتنظيم علاقاتهم ، تختلف فى مضمونها عن قاعدة القانون ، فيكون اتفاقهم صحيحا وملزما ، ويؤدى الى استبعاد تطبيق حكم القاعدة المقررة عليهم .

ومن امثلة القواعد المقررة ما يقضى به القانون من ان تسليم الشىء المبيع يجب على البائع فور العقد ، وان الوفاء بالثمن يجب على المشترى عند تسليم المبيع اليه ومع ذلك فالقانون لايمنع ان يتفق الطرفان صراحة ، او ضمنا على تغيير هذه القاعدة باشتراط تأجيل التسليم او تأجيل الوفاء بالثمن . او تعجيله ، او الزام المشترى به قبل ان يتسلم المبيع .

ولايعنى امكان الاتفاق على استبعاد حكم القواعد المقررة ان وجودها عديم الفائدة ذلك انها تضع التنظيم الاساسى للمسائل التى تتناولها ومع ان القانون

لايحرم اتفاقا على تنظيم آخر مخالف لاحكامها ، الا أن وجود هذا التنظيم المعتاد يغني الافراد الذين لا يرغبون فى اتخاذ تنظيم غير معتاد لعلاقاتهم ، عن بحث كل المسائل التفصيلية فى العلاقة التى يدخلون بها فيها ، بل يكفيهم ان يحددوا ما يهمهم من عناصر هذه العلاقة وان يتركوا التفصيلات فى باقى المسائل الى قواعد القانون ، وهو ما ييسر التعامل بين الناس .

وعلى هذا يذهب الرأى الراجح بين الفقهاء الى انه لافرق فى قوة الالزام بين القاعدة الآمرة والقاعدة المقررة فكلاهما قاعدة قانونية ملزمة ، وان تميزت القاعدة المقررة بقدرة الافراد على الاتفاق على حكم آخر غير حكمها ، فان لم يحدث مثل هذا الاتفاق ، كانت ملزمة لهم الزام أى قاعدة آمرة [1] .

وإذا كانت القاعدة القانونية مكتوبة فمن السهل فى اكثر الاحوال معرفة ما اذا كانت آمرة او مقررة من صياغتها ، ولكن اذا لم تكن القاعدة القانونية مكتوبة فعندئذ قد يكون من الصعب التمييز بين القاعدة القانونية الآمرة ، والقاعدة القانونية المقررة .

وقد حاول رجال الفقة البحث عن معيار دقيق يمكن بواسطته التمييز بين هذين النوعين من القواعد القانونية .

وتعد فكرة النظام العام المعيار الاساسى الذى اعتمد عليه الفقه للتفرقة بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المقررة .

فقد لاحظ الفقهاء ان القاعدة القانونية تكون آمرة اذا كانت تتضمن قاعدة اساسية من قواعد التنظيم الاجتماعى ، وتكون مقررة اذا كانت لا تتعلق بغير معاملات الافراد ولاتنظم الا مصالحهم الخاصة ، أى لا تتعلق باسس التنظيم الاجتماعى وقد عبروا عن المبادىء الاساسية للتنظيم الاجتماعى باصطلاح » النظام العام »

---

(١) انظر د . جميل الشرقاوى المرجع السابق ص ٦٨ وما بعدها .

فالنظام العام إذاً هو « المبادىء الاساسية التى يقوم عليها نظام المجتمع فى النواحى السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية » . ولكن هذا التعريف يكشف عن أن فكرة النظام العام لايمكن أن تكون معيارا دقيقا يمكن استخدامه بسهولة للكشف عن نوع القواعد القانونية .

كذلك يبين هذا التعريف أن فكرة النظام العام مرنة ، تختلف من مجتمع إلى آخر ففى المجتمع الاسلامى يعتبر تعدد الزوجات نظاما مقبولا فى حين انه فى المجتمعات المسيحية يعتبر امرا مخالفا لنظامها العام ، والطلاق الذى تسلم بجوازه اغلب التشريعات يعتبر فى بعض البلاد التى تحرمه قوانينها مخالفا للنظام العام ، كما أن مفهوم النظام العام يختلف فى المجتمع الواحد من زمان إلى زمان .

وعلى أى حال فان عدم دقة فكرة النظام العام كمعيار للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة لايعنى انعدام كل فائدة لها ، إذ أن القضاء يتخذ منها اساسا للبحث الذى يقوم به فى كل حال على حدة لمعرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بالنظام العام أولايتعلق به ، وله فى ذلك سلطة واسعة فى التقدير تتيح له تطوير فكرة النظام العام بالمرونة التى يتطلبها تطور المجتمع الانسانى .

ومن أبرز العوامل التى تساعد على معرفة طبيعة القواعد القانونية ، وهل هى آمرة أومقررة بيان فرع القانون الذى تنتمى اليه القاعدة .

فمن المعروف مثلا ان قواعد القانون العام تتعلق كلها تقريبا بالنظام العام وبالتالى فهى قواعد آمرة وذلك لأنها تتعلق بكيان الدولة وتنظيم سلطاتها وتبين حقوق وحريات الافراد فيها .

أما قواعد القانون الخاص فلأن أكثرها يدور حول تنظيم المعاملات المالية للأفراد فان قواعده تكون فى الأصل قواعد مقررة ، ولكنه يشمل مع ذلك قواعد آمرة كثيرة اما لأنها تنظم مسائل لها أهمية اساسية فى المجتمع ، أو لأنها ترسم الإطار العام للمعاملات الذى تتحرك فى داخله حرية المتعاملين .

ففى القانون المدنى مثلا ، تعتبر كل القواعد المنظمة لمسائل الأسرة من

النظام العام ، لأن الاسرة هى الخلية التى يتكون منها المجتمع ونظامها يرتبط أوثق الارتباط بنظامه ، ولذا لايجوز بالاتفاق تعديل احكام الزواج أوالطلاق أوالنسب أوالميراث ، اما القواعد المتعلقة بالمعاملات المالية ، فاغلبها قواعد مقررة ، ولكنها تشمل ايضا كثيرا من القواعد الآمرة .

وتعد كذلك أغلب قواعد القانون التجارى قواعد مقررة وإن كان لايخلو من بعض القواعد الآمرة .

ومن الجدير بالذكر أن قانون المرافعات يضم نوعين من القواعد النوع الأول منها يتعلق بالتنظيم القضائى والاختصاص النوعى للمحاكم وهذه القواعد تتعلق بالنظام العام ومن ثم فهى قواعد آمرة ، أما النوع الثانى والذى يتعلق بوسائل الاثبات والادعاء فانها تعتبر قواعد مقررة فى أغلبها .

كذلك فان قواعد الجنسية التى يتضمنها القانون الدولى الخاص تتعلق بالنظام العام ومن ثم فهى قواعد آمرة ، اما بعض القواعد الاخرى التى تتعلق بالاجراءات الشكلية التى تمس النظام العام فانها تعد قواعد مقررة .

ومن أبرز القواعد الآمرة كذلك القواعد الخاصة بساعات العمل للعمال والراحة الاسبوعية وغيرها من القواعد التى يتضمنها قانون العمل وتتعلق بحقوق العمال وضماناتهم ، أما عدا ذلك مما لايتعلق بالنظام العام فان قواعده تعد قواعد مقررة .

الفصل الثالث

مصادر القانون

يستعمل فقهاء القانون عادة كلمة مصدر فيما يتعلق بالقانون فى عدة معان نقتصر على ثلاثة منها :

فالمعنى الاول يقصد به المصدر المنشىء للقاعدة القانونية أو وسيلة اخراجها

الى الناس ، أو الطريق المعتمد الذى تنفذ منه قاعدة من قواعد السلوك الى دائرة القانون الوضعى وتكسب بمرورها منه عنصر الالزام ، أى أنها تصبح بمرورها منه ملزمة للاشخاص والهيئات وواجبة التطبيق فى المحاكم . وللدلالة على هذا المعنى يوصف المصدر بانه مصدر رسمى للقانون . وبهذا المعنى يقال إن التشريع والعرف مصدران رسميان للقانون .

والمعنى الثانى يقصد به العوامل الاجتماعية المختلفة التى اقتضت وضع القاعدة القانونية ودفعتها الى الظهور من طريق المصدر الرسمى ، ويوصف هذا المصدر بأنه المصدر الحقيقى للقاعدة القانونية أوالمصدر الموضوعى (أوالمادى) أى الذى تستمد منه القاعدة القانونية مادتها ويتمثل فى العوامل الطبيعية والاقتصادية والجغرافية وغيرها كالبيئة والدين والتقاليد والوراثة وهى التى يؤدى تفاعلها الى شعور المجتمع بالحاجة الى وضع قاعدة معينة . فاذا ما تم وضع هذه القاعدة من طريق التشريع مثلا ، كان التشريع مصدرها الرسمى وكانت تلك العوامل مجتمعة مصدرها الحقيقى أوالموضوعى (أوالمادى) لأنها هى التى أملت على المشرع الحكم القانونى الذى صدر به التشريع .

والمعنى الثالث يقصد به الاصل التاريخى الذى يرجع اليه قانون معين ، فيوصف بأنه المصدر التاريخى .

وأنه وإن كان الغالب ألاتستعمل كلمة أو اصطلاح مصدر فى غير هذه المعانى الثلاثة الا أن البعض احيانا قد يستعمل هذا الاصطلاح للتعبير عن وسائل تفسير القاعدة فيطلق اصطلاح المصدر التفسيرى للقاعدة الثانوية ويقصد به وسيلة استخراج الاحكام من المصدر الرسمى ويطلقون هذا الاصطلاح على الفقه والقضاء فيقولون انهما مصدران تفسيريان للقانون والواقع أن مايقصد هنا بالمصدر التفسيرى للقانون ليس (فى الحقيقة) مصدرا للقاعدة القانونية وانما وسيلة لاستكشاف مضمونها ومن ثم فلا علاقة له بتكوين القاعدة تكوينا رسميا أوموضوعيا أوتاريخيا واذا حدث واستمدت القاعدة القانونية مادتها

من رأى الفقه أو من أحكام القضاء ، فانهما حينئذ لايكونان مصدرين تفسيرين وانما يكونان مصدرين ماديّين .

وسنبدأ أولا بدراسة سريعة لمصادر القانون الاسلامي أو لما يطلق عليه الشرعيون الادلة الشرعية وذلك لأن الشريعة الاسلامية هي القانون الواجب التطبيق في المملكة العربية السعودية ، ثم نعرض لدراسة مصادر القانون في الانظمة العالمية الاخرى بايجاز .

المبحث الأول : مصادر القانون الإسلامي

يطلق علماء أصول الفقه على مصادر القانون الاسلامي أحيانا تعبير « الادلة الشرعية » وقد ثبت لدى جمهور علماء المسلمين بالاستقراء أن الأدلة الشرعية التي تستفاد منها الاحكام العملية ترجع إلى أربعة هي القرآن والسنة والاجماع والقياس . وهذه الادلة الاربعة أو المصادر الاربعة للقانون الاسلامي التي اتفق جمهور علماء المسلمين على الاستدلال بها اتفقوا أيضا على أنها مرتبة في الاستدلال بها هذا الترتيب القرآن فالسنة فالاجماع فالقياس ، فاذا عرضت واقعة نظر المجتهد أولا في القرآن فان وجد فيه حكمها أمضاه وإن لم يوجد فيه حكمها نظر في السنة فان وجد فيها حكمها أمضاه وان لم يوجد فيها حكم نظر هل أجمع المجتهدون في عصر من العصور على حكم فيها فان وجد حكما أمضاه وان لم يجد اجتهد في الوصول الى حكمها بقياسها على ماورد النص بحكمه .

أما البرهان على الاستدلال بهذه الأدلة الشرعية أومصادر القانون الاسلامي فهو قوله تعالى في سورة النساء ﴿ ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم . فان تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا ﴾ .

فالأمر باطاعة الله أمر باتباع أحكام القرآن والأمر باطاعة رسوله أمر باتباع السنة والأمر باطاعة أولى الأمر من المسلمين أمر باتباع ما اتفقت عليه كلمة المجتهدين من الأحكام لأنهم أولو الأمر التشريعى من المسلمين ، والأمر برد الوقائع المتنازع فيها إلى الله والى الرسول أمر باتباع القياس حيث لانص ولا إجماع لأن القياس فيه رد المتنازع فيه الى الله والى الرسول لأنه الحاق واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة أخرى ورد النص بحكمها فى الحكم الذى ورد به النص لتساوى الواقعتين فى علة الحكم فالآية تدل على اتباع هذه الأدلة أوالمصادر الأربعة . وأما البرهان على ترتيب الأدلة أوالمصادر المذكورة فى الاستدلال بها هذا الترتيب فهو مارواه البغوى عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى اليمن قال : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء قال أقضى بكتاب الله قال فان لم تجد فى كتاب الله قال فبسنة رسول الله قال فان لم تجد فى سنة رسول الله قال أجتهد رأيي ولا آلو أى لاأقصر فى اجتهادى . قال فضرب رسول الله على صدره وقال الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله » .

ومارواه البغوى عن ميمون بن مهران قال : كان أبوبكر إذا ورد عليه الخصوم نظر فى كتاب الله فان وجد فيه مايقضى بينهم قضى به وإن لم يكن فى الكتاب وعلم عن رسول الله فى ذلك الأمر سنة قضى بها . فان أعياه أن يجد فى سنة الله جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فان أجمع رأيهم على أمر قضى به وكذلك كان يفعل عمر » وأقرهما على هذا كبار الصحابة ورؤوس المسلمين ولم يعرف بينهم مخالف فى هذا الترتيب .

وتوجد أدلة أخرى عدا هذه الأدلة الأربعة لم يتفق جمهور المسلمين على الاستدلال بها فمنهم من استدل بها على الحكم الشرعى ، ومنهم من أنكر الاستدلال بها . وأشهر هذه الأدلة المختلف فى الاستدلال بها ستة ، الاستحسان والمصلحة المرسلة والعرف والاستصحاب وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى .

فجملة الادلة الشرعية عشرة . أربعة متفق من جمهور المسلمين على الاستدلال بها ، وستة مختلف فى الاستدلال بها .

المطلب الأول

القرآن الكريم

١ ـ تعريفه :

هو كلام الله الذى نزل به الروح الأمين على قلب رسول الله محمد بن عبدالله. بالفاظه العربية ومعانيه الحقة ليكون حجة للرسول على انه رسول الله . ودستور للناس يهتدون بهداه . وقربة يتعبدون بتلاوته . وهو المدون بين دفتى المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس المنقول الينا بالتواتر كتابة ومشافهة جيلا عن جيل محفوظا من أى تغيير أو تبديل مصداق قول اللّه سبحانه فيه ﴿ انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون ﴾ .

٢ ـ خصائص الكتاب :

ومن هذا التعريف تتبين خصائص القرآن التى يمتاز بها عن الكتب السماوية السابقة وعن الأحاديث الواردة عن الرسول صلى الله عليه وسلم وهذه الخصائص هى :

(ا) ان الكتاب منزل باللغة العربية ، وبهذه الخاصة يمتاز القرآن عن الكتب السماوية الأخرى كالتوراة والانجيل ، لأنها نزلت بغير اللسان العربى ، وعلى ذلك لاتعتبر ترجمة القرآن الى غير اللغة العربية قرآنا .[١]

(ب) أن معانى القرآن وألفاظه العربية كلاهما منزل من عند الله تعالى ، وقد كان على الرسول تلقيه وتبليغه الى الناس ، وبيان مايحتاج منه الى البيان ،

---

(١) يقول النووى فى المجموع جـ٣ ص٢٧٩ لاتجوز قراءة القرآن بغير لسان العرب وعلى هذا جماهير العلماء مالك وأحمد وداوود .

وبهذه الخاصة يمتاز القرآن عن الاحاديث القدسية والنبوية لأن معانى الاحاديث الهام من الله تعالى لرسوله ، أما الالفاظ التى يعبر بها عن المعانى فهى من عند الرسول صلى الله عليه وسلم .

(ج) أن القرآن منقول بطريق التواتر إلينا ، أى رواية جماعة عن جماعة يستحيل اتفاق أفرادها عادة على الكذب ، والتواتر ثابت للقرآن كتابة ومشافهة فى جميع العصور من وقت أن نزل به الروح الأمين على الرسول صلى الله عليه وسلم الى الآن ، فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحى وحفظه عنه جمع من الصحابة لايمكن ان يتفقوا على الكذب ، ونقله عن هذه الجموع جموع أخرى حتى وصل الينا مكتوبا فى المصاحف محفوظا فى الصدور من غير تبديل أوتغيير .

والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين بصحة المنقول ، ولذا فان نصوص القرآن قطعية الثبوت . وقد اختلف العلماء على الاحتجاج بغير المتواتر من القرآن والاعتماد عليه فى استنباط الاحكام الشرعية . فعند علماء الحنفية يصح الاحتجاج به ، وعند المالكية والحنابلة وبعض الشافعية لايصح .

٣ ـ أنواع الاحكام التى جاء بها القرآن الكريم ثلاثة :

(ا) احكام اعتقادية تتعلق بما يجب على المكلف اعتقاده فى الله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر .

(ب) احكام خلقية تتعلق بما يجب على المكلف أن يتحلى به من الفضائل وأن يتخلى عنه من الرذائل .

(ج) أحكام عملية تتعلق بما يصدر عن المكلف من أقوال وأفعال وعقود وتصرفات . وهذا النوع الثالث هو فقه القرآن وهو المقصود الوصول اليه بعلم أصول الفقه .

والاحكام العملية فى القرآن تنتظم نوعين . احكام العبادات من صلاة وصوم وزكاة وحج ونذر ويمين ونحوها من العبادات التى يقصد بها تنظيم علاقة

الانسان بربه . وأحكام المعاملات من عقود وتصرفات وعقوبات وجنايات وغيرها مما عدا العبادات ومما يقصد بها تنظيم علاقة المكلفين بعضهم ببعض سواء أكانوا أفرادا أم أمما أم جماعات فاحكام ماعدا العبادات تسمى فى الاصطلاح الشرعى أحكام المعاملات . وأما فى الاصطلاح الحديث فقد تنوعت أحكام المعاملات بحسب ماتتعلق به ومايقصد بها الى الانواع الآتية :

(ا) أحكام الاحوال الشخصية وهى التى تتعلق بالاسرة من بدء تكونها ويقصد بها تنظيم علاقة الزوجين والاقارب بعضهم ببعض وآياتها فى القرآن نحو ٧٠ .

(ب) والاحكام المدنية وهى التى تتعلق بمعاملات الافراد ومبادلاتهم من بيع واجازة ورهن وكفالة وشركة ومداينة ووفاء بالتزام ويقصد بها تنظيم علاقات الافراد المالية وحفظ حق كل ذى حق . وآياتها فى القرآن نحو ٧٠ .

(ج) والاحكام الجنائية وهى التى تتعلق بما يصدر عن المكلف من جرائم مايستحقه عليها من عقوبة ويقصد بها حفظ حياة الناس وأموالهم وأعراضهم وحقوقهم وتحديد علاقة المجنى عليه بالجانى . بالامة وآياتها فى القرآن نحو ٣٠ .

(د) وأحكام المرافعات وهى التى تتعلق بالقضاء والشهادة واليمين ويقصد بها تنظيم الاجراءات لتحقيق العدل بين الناس وآياتها نحو ١٣ .

(هـ) والاحكام الدستورية وهى التى تتعلق بنظام الحكم وأصوله ويقصد بهذا تحديد علاقة الحاكم بالمحكوم وتقرير ما للافراد والجماعات من حقوق وآياتها نحو ١٠ .

(و) والاحكام الدولية وهى التى تتعلق بمعاملة الدولة الاسلامية لغيرها من الدول وبمعاملة غير المسلمين فى الدولة الاسلامية ويقصد بها تحديد علاقة الدولة الاسلامية بغيرها من الدول فى السلم وفى الحرب وتحديد علاقة المسلمين بغيرهم فى بلاد الدول الاسلامية وآياتها نحو ٢٥ .

(ز) والاحكام الاقتصادية والمالية وهى التى تتعلق بحق السائل والمحروم فى مال الغنى وتنظيم الموارد والمصارف ويقصد بها تنظيم العلاقات المالية بين

الاغنياء والفقراء وبين الدولة والافراد وآياتها نحو ١٠ .

ومن استقرأ آيات الاحكام فى القرآن يتبين أن أحكامها تفصيلية فى العبادات ومايلحق بها من الأحوال الشخصية والمواريث لأن أكثر هذا النوع تعبدى ولامجال للعقل فيه ولايتطور بتطور البيئات . وأما فيما عدا العبادات والأحوال الشخصية من الأحكام المدنية والجنائية والدستورية والدولية والاقتصادية فأحكامها فيها قواعد عامة ومبادىء أساسية ولم يتعرض فيها لتفصيلات جزئية الا فى النادر هذه الاحكام تتطور بتطور البيئات والمصالح فاقتصر القرآن فيها على القواعد العامة والمبادىء الاساسية ليكون ولاة الأمر فى كل عصر فى سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم فى حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئى فيه .

٤ ـ دلالة القرآن على الاحكام :

القرآن قطعى الثبوت لوصوله الينا بطريق التواتر المفيد للقطع بصحة نقله الينا الا أن دلالته على الأحكام قد تكون قطعية ، وقد تكون ظنية ، وذلك تبعا للاحتمال الذى يكون فى الفاظ الكتاب وعدمه . فاذا كان اللفظ الوارد فيه لايحتمل الا معنى واحدا كانت دلالته على الحكم دلالة قطعية ، وذلك كالآيات التى بها ألفاظ خاصة كآيات المواريث والحدود ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين . . . الآية ﴾ . « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » . ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ . . فان هذه الالفاظ الخاصة التى تدل على معناها دلالة قطعية على مقدار الميراث وعلى مقدار الحد لاتقبل تأويلا ، ولهذا لاتكون محلا للاجتهاد ولاموضعا لاختلاف المجتهدين فى الفهم والاستنباط ، لان احكامها لاتقبل التعديل ولاالتبديل ، ولان تعديلها يؤدى الى الخروج على النص الدال عليها قطعا ويقينا ، والخروج على النص الدال على الحكم دلالة قطعية لايجوز .

وإذا كان اللفظ الوارد فى القرآن يحتمل أكثر من معنى واحد كانت دلالته

على الحكم دلالة ظنية ، وذلك كلفظ القرآن فى قوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فان هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد به الحيض ، ويحتمل أن يكون المراد به الطهر الذى يكون بين الحيضتين لاستعماله فى كل واحد منهما بطريق الاشتراك اللفظى ، فتكون دلالته على واحد منهما بعينه دلالة ظنية لاقطعية ، ولهذا كان محلا للاجتهاد وموضعا لاختلاف المجتهدين فى الفهم فمن المجتهدين من رجح المعنى الأول ومنهم من رجح المعنى الثانى .

المطلب الثانى

السنة

السنة فى الاصطلاح الشرعيّ هى ماصدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أوفعل أوتقرير.[1]

فالسنن القولية هى أحاديثه التى قالها فى مختلف الاغراض والمناسبات . مثل قوله صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولاضرار » وقوله « فى السائمة زكاة » وقوله عن البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » وغير ذلك .

والسنن الفعلية هى أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل أدائه الصلوات الخمس بهيئاتها وأركانها ، وأدائه مناسك الحج ، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعى .

والسنن التقريرية هى ما أقره الرسول مما صدر عن بعض أصحابه من أقوال وأفعال بسكوته وعدم انكاره ، أو بموافقته واظهار استحسانه . فيعتبر بهذا الاقرار والموافقة عليه صادرا عن الرسول نفسه ، مثل ماروى أن صحابيين خرجا فى سفر فحضرتهما الصلاة ولم يجدا ماء فتيمما وصليا ، ثم وجدا الماء فى الوقت فاعاد أحدهما ولم يعد الآخر ، فلما قصا أمرهما على الرسول أقر كلا منهما على مافعل ، فقال للذى لم يعد : أصبت السنة وأجزأتك صلاتك ، وقال للذى

(١) أمر الله تعالى باطاعة الرسول فى عدد من آيات القرآن الكريم منها آية ٩٢ من سورة المائدة وآية ٨٠ من سورة النساء وآية ٣١ من سورة آل عمران .

أعاد : لك الأجر مرتين . ومثل ماروى أنه صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذ بن جبل الى اليمن قال له بم تقضى ؟ قال أقضى بكتاب الله . فان لم أجد فبسنة رسول الله ، فان لم أجد اجتهد رأيى . فأقره الرسول وقال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله .

والسنة ليست كلها قطعيّة الثبوت كالقرآن بل منها ماهو قطعى الثبوت أوقريب من ذلك وهو السنة المتواترة والمشهورة عند الحنفية والسنة المتواترة والمستفيضة عند غيرهم ، ومنها ماهو ظنى الثبوت وهو سنة الاحاد .

أما دلالة السنة على الاحكام فقد تكون قطعية اذا كانت لاتحتمل تأويلا ، وقد تكون ظنية اذا كانت محتملة التأويل كقوله صلى الله عليه وسلم « لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » فقد انصرف معنى الحديث لدى بعض الفقهاء الى ان الصلاة لاتكون كاملة بغير فاتحة الكتاب ، أما المعنى الذى أخذ به جمهور الفقهاء فهو أن الصلاة لاتكون صحيحة اذا لم يقرأ المصلى فاتحة الكتاب .

وقد أجمع المسلمون على أن ماصدر عن رسول الله من قول أوفعل أوتقرير وكان مقصودا به التشريع والاقتداء ، ونقل الينا بسند صحيح يفيد القطع أوالظن الراجح بصدقه ـ يكون حجة على المسلمين ومصدرا تشريعيا يستنبط منه المجتهدون الاحكام الشرعية لافعال المكلفين . أى أن الاحكام الواردة فى هذه السنن تكون مع الاحكام الواردة فى القرآن قانونا واجب الاتباع .

المطلب الثالث

الإجماع

الاجماع فى اصطلاح الاصوليين : هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام على حكم شرعى فى واقعة . فاذا وقعت حادثة وعرضت على جميع المجتهدين من الامة الاسلامية

وقت حدوثها واتفقوا على حكم فيها سمى اتفاقهم اجماعا واعتبر اجماعهم على حكم واحد فيها دليلا على هذا الحكم هو الحكم الشرعى فى الواقعة . وانما قيل فى التعريف بعد وفاة الرسول لأنه فى حياة الرسول هو المرجع التشريعى وحده فلايتصور اختلاف فى حكم شرعى ولااتفاق اذ الاتفاق لايتحقق الامن عدد[1]

والاجماع الذى يكون حجة فى التشريع لابد فيه من اتفاق جميع المجتهدين فى عصر من العصور على حكم شرعى،[2] وان الجمهور من العلماء لايرون الاحتجاج باتفاق اكثر المجتهدين على حكم من الأحكام ، ولايعدون ذلك اجماعا ، وترى بعض الفقهاء الاحتجاج بالاجماع السكوتى بينما لايرى غيرهم اعتباره حجة ولااجماعا هذا ماقرره علماء الاصول فى كتبهم واقاموا عليه الادلة والبراهين وسند الاجماع هو الدليل الذى يعتمد عليه المجتهدون فى الحكم الذى اجمعوا عليه . ولاخلاف بين جمهور القائلين بحجة الاجماع فى ان الاجماع لابد له من سند الاجماع بدون سند يؤدى الى القول بالرأى فى دين الله والى احداث تشريع جديد بعد النبى صلى الله عليه وسلم وذلك غير جائز .

ولاخلاف بينهم أيضا فى أن السند يجوز ان يكون نصا من كتاب الله تعالى أوسنة من سنن الرسول صلى الله عليه وسلم . فمن أمثلة الاجماع المستند الى نص كتاب الله تعالى اتفاق المجتهدين على تحريم الزواج بالجدة فانهم استندوا فى هذا الاجماع على قول الله تعالى ﴿حرمت عليكم امهاتكم﴾ فان المراد من الأم فى هذا النص الأصل مطلقا والجدة أصل بهذا المعنى وهو التفسير الذى استقر بالاجماع ، وعلى اساس ان الجدة أم كذلك استند المجتهدون الى كتاب الله فى توريث الجدة السدس فثبت هذا بالاجماع المستمدّ ايضا من كتاب الله تعالى .

---

(١) انظر فى معنى الاجماع كشف الاسرار أصول الامام فخر الاسلام جـ٣ ص٩٤٦.
(٢) انظر الاحكام للآمدى جـ١ ص ١٤٠

هذا وقد أنكر النظام وبعض الخوارج والشيعة أن الاجماع حجة على الاحكام الشرعية .

المطلب الرابع

القياس

١ ـ تعريفه :

القياس فى اصطلاح الاصوليين : هو الحاق واقعة لانص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها ، فى الحكم الذى ورد به النص . لتساوى الواقعتين فى علة هذا الحكم فاذا دل نص على حكم فى واقعة ، وعرفت علّة هذا الحكم بطريق من الطرق التى تعرف بها علل الاحكام ، ثم وجدت واقعة اخرى تساوى واقعة النص فى تحقق علة الحكم فيها فانها تسوى بواقعة النص فى حكمها بناء على تساويهما فى علته ، لان الحكم يوجد حيث توجد علته .

وفيما يلى امثلة على القياس :

ا ـ شرب الخمر : واقعة ثبت بالنص حكمها ، وهو التحريم الذى دل عليه قوله سبحانه وتعالى (انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) لعلّة هى الاسكار ، فكل نبيذ توجد فيه هذه العلة يسوى بالخمر فى حكمه ويحرم شربه . (١)

ب ـ قتل الوارث مورثه : واقعة ثبت بالنص حكمها ، وهو منع القاتل من الارث الذى دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم (لايرث القاتل) لعلّة هى ان قتله فيه استعجال للشىء قبل اوانه فيردّ عليه قصده ويعاقب بحرمانه . وقتل

(١) هذا رأى الحنفية اما عند جمهور الفقهاء فانهم يذهبون الى ان كل مسكر يصدق عليه وصف الخمر .

الموصى له للموصى توجد فيه هذه العلة فيقاس بقتل الوارث مورثه ويمنع القاتل للموصى من استحقاق الموصى به له .

جـ ـ البيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة : واقعة ثبت بالنص حكمها وهو الكراهة التى دل عليها قوله سبحانه (يا أيها الذين امنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) لعلّة هى شغله عن الصلاة والاجارة او الرهن او اية معاملة وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة توجد فيها هذه العلة وهى شغلها عن الصلاة فتقاس بالبيع فى حكمه وتركه وقت النداء للصلاة .

ففى كل مثال من هذه الامثلة سويت واقعة لانص على حكمها بواقعة نص على حكمها فى الحكم المنصوص عليه بناء على تساويها فى علة هذا الحكم وهذه التسوية بين الواقعتين فى الحكم بناء على تساويها فى علته هى القياس فى اصطلاح الاصوليين ، وقولهم تسوية واقعة بواقعة ، او الحاق واقعة بواقعة او تعدية الحكم من واقعة الى واقعة وهى عبارات مترادفة مدلولها واحد تفيد معنى القياس على النحو المتقدم .

١ ـ حجية القياس :

يذهب جمهور علماء المسلمين أن القياس حجة شرعية على الاحكام العملية ، وأنه فى المرتبة الرابعة من الحجج الشرعية ، بحيث اذا لم يوجد فى الواقعة حكم بنصّ أو اجماع وثبت أنها تساوى واقعة نص على حكمها فى علة هذا الحكم فانها تقاس بها ويحكم فيها بحكمها ويكون هذا حكمها شرعا ، ويسع المكلف اتباعه والعمل به ، وهؤلاء يطلق عليهم مثبتوا القياس [1]

وقد استدل مثبتوا القياس على حجيته بما يأتى : ـ

ا ـ القران : وقد استدلوا منه بآيات كثيرة أظهرها وأكثرها ذكرا فى كتب

---

(١) انظر فى شروط الاخذ بالقياس الاحكام للامدى جـ ٣ ص ١٢ وارشاد الفحول للشوكانى ص : ١٨٢

الاصول ، وهى قول الله تعالى (هو الذى أخرج الذين كفروا من اهل الكتاب من ديارهم لاول الحشر ماظننتم أن يخرجوا ، وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله ، فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا ، وقذف فى قلوبهم الرعب يخرجون بيوتهم بأيديهم وأيدى المؤمنين فاعتبروا يا أولى الابصار ، ولولا ان كتب الله عليهم الجلاء لعذبهم فى الدنيا ولهم فى الاخرة عذاب النار ، ذلك بأنهم شاقوا الله ورسوله ، ومن يشاق الله فان الله شديد العقاب) .

وقد استدل هؤلاء الفقهاء على الدعوة الى القياس من قوله تعالى (فأعتبروا يا أولى الابصار (فان الله جل شأنه قص علينا فى هذه الاية الكريمة ماحل ببنى النضير جزاء كفرهم وكيدهم لرسول الله والمؤمنين ، ثم أعقب هذا بقوله : (فاعتبروا يا أولى الانصار (بمعنى تأملوا يا أصحاب العقول فيما نزل بهؤلاء القوم من العذاب وفى السبب الذى استحقوا به العقاب واحذروا أن تفعلوا مثل فعلهم ، فيحيق لكم ماحاق بهم من عقاب .

ب ـ **السنة** : ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لجأ إلى القياس ، وذلك أنه كان اذا سئل عن حكم مسألة لايجيب السائل ببيان حكمها ولكن يسأله عن الحكم فى مسألة أخرى يعرف السائل حكمها ومن ذلك ماروى أن رجلا من خثعم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان أبى أدركه الاسلام ، وهو شيخ كبير لايستطيع ركوب الرحل . والحج مكتوب عليه ، أفا حج عنه ؟ قال : أنت أكبر ولده ، قال نعم . قال : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان يجزىء ذلك عنه ؟ قال : نعم قال · فاحجج عنه .

ومنها ماروى ان عمر قال : صنعت اليوم يارسول الله امرا عظيما ، قبلت زوجتى وأنا صائم ، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم : أرأيت لو تمضمضت بماء ، وأنت صائم فقلت لابأس بذلك فقال رسول الله : ففيم ؟ أى ففى أى أمر هذا الاسف ؟

كذلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذا قاضيا الى اليمن قال له : كيف تقضى اذا عرض لك قضاء ؟ قال أقضى بكتاب الله . قال : فان لم تجد فى كتاب الله . قال : فبسنة رسول الله . قال : فان لم تجد فى سنة رسول الله ولافى كتاب الله ؟ قال : اجتهد رأيى ولا ألو (أى لا أقصر فى الاجتهاد والبحث) فضرب رسول الله صدره بيده ، وقال الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله .

ووجه الدلاله من هذا : أن النبى ﷺ أقر معاذا على الاجتهاد برأيه اذا لم يجد نصا يقضى به فى الكتاب او السنة . وما القياس الا نوع من الاجتهاد بالرأى فيكون حجة ودليلا على الاحكام الشرعية .

جـ ـ الاجماع : ماثبت بالتواتر المعنوى عن جمع كثير من الصحابة انهم احتجوا بالقياس وعملوا به ، وتكرر ذلك منهم فى كثيرمن الوقائع المشهورة ولم ينكر احد منهم ذلك فكان هذا على رأى بعض الفقهاء اجماعا منهم على العمل بالقياس .

ويذهب النظامية والظاهرية وبعض فرق الشيعة الى ان القياس ليس حجة شرعية على الاحكام وهؤلاء هم نفاة القياس ، ومن أبرز ادلتهم مايأتى :

ا ـ ماجاء فى القرآن الكريم من النهى عن اتباع الظن ، وأنه لايغنى من الحق شيئا كقوله سبحانه (ولاتقف ماليس لك به علم) وقوله جل شأنه (ومايتبع أكثرهم الا ظنا ان الظن لايغنى من الحق شيئا) والقياس فى رأيهم من الظنون ، لان مبناه على الظن بان العلة التى لاجلها شرع الحكم فى المنصوص عليه هى كذا فيكون منهيا عن اتباعه والعمل به ، والمنهى عن اتباعه والعمل به لايكون حجة فى اثبات الاحكام الشرعية .

ولكن يرد على هذا : بأن الظن الذى نهى الله عن اتباعه هو الظن فى الاحكام المتعلقة بالاعتقاد وأصول الدين ، لان هذه الاحكام لابد فيها من القطع واليقين ، أما الاحكام العملية فالظن فيها كاف باتفاق العلماء .

ب ـ أن الصحابة قد ذموا القياس ، وأنكروا العمل به .

من ذلك ماروى ان ابا بكر رضى الله تعالى عنه سئل عن معنى الكلالة المذكورة فى قول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ أو أخت) فقال : أى سماء تظلنى ، وأى أرض تقلنى اذا قلت فى كتاب الله برأيى ، أى بالقياس .

وماروى عن عمر بن الخطاب انه قال : اياكم واصحاب الرأى فانهم اعداء السنن اعيتهم الاحاديث ان يحفظوها فقالوا بالرأى فضلوا وأضلوا ، والرأى هو القياس اتفاقا .

ومن هذا ايضا قول ابن عباس : يذهب قراؤكم وصلحاؤكم ، ويتخذ الناس رؤساء جهالا يقيسون الامور بالرأى .

وكذلك قول على : لو كان الدين بالرأى لكان باطن الخف اولى بالمسح من ظاهره ولكنى رأيت رسول الله ﷺ يمسح على ظاهر الخف دون باطنه .

والواقع أن ماسبق يخالف المشهور عن بعض الصحابة من القول بالقياس والعمل به فأبو بكر قد صح عنه انه قال فى الكلالة اقول فيها برأيى فان يكن صوابا فمن الله .. وإن يكن خطأ فمن الشيطان ، وأما عمر فعمله بالقياس وأمره ابا موسى الاشعرى بالعمل به اشهر من الشمس وكذلك على بن أبى طالب وابن عباس ، وهذا يدل على ضعف هذه الروايات وعدم صحتها .

جـ ـ أن القياس يؤدى الى الاختلاف والتنازع بين الامة ، لانه لابد فيه من اثبات حكم الاصل ومعرفة العلة التى لاجلها شرع هذا الحكم واثبات ان هذه العلة متحققة فى الفرع الذى يراد قياسه على الاصل ، وهذه كلها أمور ظنية ، والظنيات مثار لاختلاف الاراء والاختلاف والتنازع بين افراد الامة لاتقره الشريعة ولاتقبله وقد قال تعالى : ولاتنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم) .

والواقع ان الخلاف الناشىء عن العمل بالقياس ليس اختلافا فى العقيدة ولكنه اختلاف فى احكام جزئية فرعية لاتسبب ضررا كبيرا ولكنه قد يكون رحمة بالناس وتوسعة منه سبحانه وتعالى على عباده .

٣ ـ أركان القياس :

أركان القياس التى لايتحقق بدونها أربعة وهى :

ا ـ **الاصل** : وهو ماثبت الحكم فيه بالنص أو الاجماع ويسمى المقيس عليه والمشبه به ويشترط فيه ان يكون حكما شرعيا ، وان يكون له علّة تدرك بالعقل والا يكون حكم الاصل مختصا به وذلك كما فى حالة اباحة الزواج للرسول بالهبة بدون مهر ، وكما فى حالة تحريم الزواج باحدى زوجاته بعد وفاته .

٢ ـ **الفرع** : وهو مالم يرد بحكمه نص ولا اجماع يدل على حكم مخالف للقياس .

٣ ـ **حكم الاصل** : وهو الحكم الشرعى الثابت للاصل ، ويراد اثباته للفرع بطريق القياس .

٤ ـ العلة : وهى المعنى الذى لاجله شرع الحكم فى الاصل وأهم مايشترط فيها ان تكون ظاهرة ، منضبطة وان تكون وصفا مناسبا للحكم ، والا تكون قاصرة على الاصل .

اما الحكم الذى يثبت فى الفرع بالقياس فهو نتيجة القياس وثمرته وليس ركنا من اركانه ولاشرطا من شروطه .

المطلب الخامس

الاستحسان .

١ ـ تعريفه :

الاستحسان فى اللغة عد الشىء حسنا وفى اصطلاح الاصوليين هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلى الى مقتضى قياس خفى او عن حكم كلى الى حكم استثنائى لدليل انقدح فى عقله رجح لديه هذا العدول . فاذا عرضت واقعة ولم يرد نص بحكمها وللنظر فيها وجهتان مختلفتان احداهما ظاهرة تقتضى حكما والاخرى خفية تقتضى حكما آخر وقام بنفس المجتهد دليل رجح وجهة

النظر الخفية فعدل عن وجهة النظر الظاهرة فهذا يسمى شرعا الاستحسان . وكذلك اذا كان الحكم كليا وقام بنفس المجتهد دليل يقتضى استثناء جزئية من هذا الحكم الكلى والحكم عليها بحكم آخر فهذا ايضا يسمى شرعا الاستحسان . [1]

٢ ـ أنواعــــه :

من تعريف الاستحسان شرعايتيين انه نوعان : أحدهما ترجيح قياس خفى على قياس جلى بدليل . وثانيهما استثناء جزئية من حكم كلى بدليل .

من امثلة النوع الاول : ـ

ا ـ نص فقهاء الحنفية على ان الواقف اذا وقف ارضا زراعية يدخل حق السيل وحق الشرب وحق المرور فى الوقف تبعا بدون ذكرها استحسانا . والقياس انها لاتدخل الا بالنص عليها كالبيع . ووجه الاستحسان ان المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليهم ولايكون الانتفاع بالارض الزراعية الا بالشرب والسيل والطريق فتدخل فى الوقف بدون ذكرها لان المقصود لايتحقق الا بها كالاجارة .

فالقياس الظاهر الحاق الوقف فى هذا بالبيع لان كلا منهما اخراج ملك من مالكه والقياس الخفى الحاق الوقف فى هذا بالاجارة لان كلا منهما مقصود به الانتفاع . فكما يدخل السيل والشرب والطريق فى إجارة الاطيان بدون ذكرها تدخل فى وقف الاطيان بدون ذكرها .

ب ـ نص فقهاء الحنفية على انه اذا اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن قبل قبض المبيع فادعى البائع ان الثمن الف ريال وادعى المشترى أنّه تسمائة ريال يتحالفان استحسانا ، والقياس ان لايحلف البائع . لان البائع يدعى الزيادة (وهى عشرة) والمشترى ينكرها والبينة على من ادعى واليمين على من انكر فلايمين على البائع ووجه الاستحسان ان البائع مدع ظاهرا بالنسبة

(١) انظر الهداية مع فتح القدير ج ١ ص ٦٧ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ج ١ ص ١٤٧ .

الى الزيادة ومنكر حق المشترى فى تسلم المبيع بعد دفع التسعين . والمشترى منكرا ظاهرا الزيادة التى ادعاها البائع وهى العشرة ومدع حق تسلمه المبيع بعد دفع التسعين . فكل واحد منهما مدع من جهة ومنكر من جهة اخرى فيتحالفان .

فالقياس الظاهر الحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين مدع ومنكر فالبينة على من ادعى واليمين على من انكر .

والقياس الخفى الحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين متداعيين كل واحد منهما يعتبر فى ان واحد مدعيا ومنكرا فيتحالفان .

ففى كل مثال من المثالين السابقين تعارض فى الواقعة قياسان احدهما جلى متبادر فهمه والاخر خفى دقيق فهمه وقام للمجتهد دليل رجح القياس الخفى فعدل عن القياس الجلى فهذا العدول هو الاستحسان والدليل الذى بنى عليه هو وجه الاستحسان .

ومن امثلة النوع الثانى :

ا ـ نهى الشارع عن بيع المعدوم او التعاقد عليه ورخص استحسانا فى السلم والاجارة والمزارعة والمساقاة والإستصناع وهى كلها عقود المعقود عليها فيها معدوم وقت التعاقد ووجه الاستحسان حاجة الناس وتعارفهم .

ب ـ نص الفقهاء على ان الامين يضمن بموته مجهلا لان التجهيل نوع من التعدى واستثنى استحسانا موت الاب او الجد اوالوصى مجهولا لان التجهيل نوع من التعدى ووجه الاستحسان ان الاب والجد والوصى لكل منهم ان ينفق على الصغير ويصرف مايحتاج اليه فلعل ماجهله كان قد صرفه فى وجهه .

جـ ـ نص الفقهاء على ان الامين لايضمن الا بالتعدى او التقصير فى الحفظ واستثنى استحسانا الاجير المشترك فانه يضمن الا اذا كان هلاك ماعنده بقوة قاهرة ، ووجه الاستحسان تأمين المستأجرين . ونصوا على ان المحجور عليه للسفه لاتصح تبرعاته واستثنى استحسانا وقفه على نفسه مدة حياته ، ووجه

الاستحسان ان وقفه على نفسه فيه تأمين عقاراته من الضياع وهذا يتفق والغرض من الحجر عليه .

ففى كل مثال من هذه الامثلة استثنيت جزئية من حكم كلى بدليل . وهذا هو الذى يسمى اصطلاحا الاستحسان .

وقد انكر فريق من المجتهدين الاستحسان واعتبروه استنباطا للاحكام الشرعية بالهوى والتلذذ وعلى رأس هذا الفريق الامام الشافعى فقد نقل عنه انه قال (من استحسن فقد شرع) أى ابتدأ من عنده شرعا . وقرر فى رسالته الاصولية ان مثل من استحسن حكما مثل من اتجه فى الصلاة الى جهة استحسن انها الكعبة من غير ان يقوم له دليل من الادلة التى اقامها الشارع لتعيين الاتجاه الى الكعبة وقرر فيها ايضا ان (الاستحسان تلذذ ولو جاز الاخذ بالاستحسان فى الدين لجاز ذلك لاهل العقول من غير أهل العلم ، ولجاز أن يشرع فى الدين فى كل باب وان يخرج كل احد لنفسه شرعا .

والواضح ان الفريقين المختلفين فى الاستحسان لم يتفقا فى تحديد معناه . فالمحتجّون به يريدون منه معنى غير الذى يريده من لايحتجون به . ولو اتفقوا على تحديد معناه ما اختلفوا فى الاحتجاج به لان الاستحسان هو عند التحقيق عدول عن دليل ظاهر او عن حكم كلى لدليل اقتضى هذا العدول وليس مجرد تشريع بالهوى .

ولهذا قال الامام الشاطبى فى الموافقات : من استحسن لم يرجع الى مجرد ذوقه وتشهيه وانما رجع الى ماعلم من قصد الشارع فى الجملة فى امثال تلك الاشياء المعروضة كالمسائل التى يقتضى فيها القياس امرا الا ان ذلك الامر يؤدى الى تفويت مصلحة من جهة او جلب مفسدة كذلك .

والمشهور فى بعض كتب الاصول وغيرها ان الاستحسان اصل من اصول الحنفية ، وانهم هم الذين يأخذون به ، وأن غيرهم من الفقهاء لم يأخذوا به ، ولم يعتدوا به فى استنباط الاحكام ، وهذا مخالف للواقع ، لان هذا الاصل معتبر عند جميع الائمة ، ومن يتتبع الكتب الفقهية فى المذاهب المختلفة يجد بها الكثير

من الاحكام المبينة على الاستحسان وأظهرها فى ذلك كتب المالكية .

والامام الشافعى نفسه الذى انكر الاستحسان ، وبالغ فى رده قد ثبت عنه القول به فى بعض المسائل ، فقد نقل عنه الامدى فى الاحكام [1] أنه استحسن ثبوت الشفعة للشفيع الى ثلاثة ايام ، بالاضافة الى اعتماده على الاستحسان فى امور اخرى .

وقد استحسن ـ كما استحسن غيره من الائمة ـ جواز الاستحمام فى الحمامات المعدة لاستئجارها لهذا الغرض من غير تقدير الاجرة ، ولاتقدير الماء المستعمل ولامدة المكث وجواز شرب الماء من ايدى السقائين من غير تقدير الماء المشروب وعوضه ، لان التقدير فى مثل هذا قبيح عادة فاستحسنوا ترك المضايقة فيه ، وهو استحسان ثبت بالعرف والعادة على خلاف ماتقضى به القواعد المقررة فى باب البيع والاجارة اذ تتضمن هذه القواعد عدم جواز ذلك للجهالة فى المبيع او فى مدة الاجارة ، وهذا نوع من الاستحسان .

واذا ثبت هذا كان من المتعين ان يحمل انكار الامام الشافعى للاستحسان على القول بالرأى والهوى وهو ما انكره ائمة المسلمين .

المطلب السادس: المصلحة المرسلة

١ ـ تعريفها : ـ

المصلحة المرسلة اى المطلقة هى فى اصطلاح الاصوليين المصلحة التى لم يشرع الشارع حكما لتحقيقها ، ولم يدل دليل شرعى على اعتبارها او الغائها . وسميت مطلقة لانها لم تقيد بدليل اعتبار او دليل الغاء . ومثالها المصلحة التى شرع لاجلها الصحابة اتخاذ السجون ، او ضرب النقود . او ابقاء الارض الزراعية التى فتحوها فى ايدى اهليها ووضع الخراج عليها . او غير هذا من المصالح التى اقتضتها الضرورات او الحاجات او التحسينات ولم تشرع احكام لها . ولم يشهد شاهد شرعى باعتبارها او بالغائها .

---

(١) انظر الامدى فى الاحكام ج ٣ ص ١٣٨

وتوضيح هذا التعريف ان تشريع الاحكام ماقصد به الا تحقيق مصالح الناس اى جلب نفع لهم او دفع ضرر او رفع حرج عنهم . وان مصالح الناس لاتنحصر جزئياتها ولاتتناهى افرادها وانها تتجدد بتجدد احوال الناس وتتطور باختلاف البيئات . وتشريع الحكم قد يجلب نفعا فى زمن وضررا فى زمن اخر وفى الزمن الواحد قد يجلب الحكم نفعاً فى بيئة ويجلب ضررا فى بيئة اخرى .

فالمصالح التى شرع الشارع احكاما لتحقيقها ودل على اعتبارها لما شرعه تسمى فى اصطلاح الاصوليين المصالح المعتبرة من الشارع مثل حفظ حياة الناس شرع الشارع له ايجاب القصاص من القاتل العامد . وحفظ مالهم الذى شرع له حد السارق والسارقة وحفظ اعراضهم الذى شرع له حد القاذف والزانى والزانية . فكل من القتل العمد ، والسرقة والقذف ، والزنا ، وصف مناسب اى ان تشريع الحكم بناء عليه يحقق مصلحة وهو معتبر من الشارع لان الشارع بنى الحكم عليه وهذا المناسب المعتبر من الشارع اما مناسب مؤثر واما مناسب ملائم على حسب نوع اعتبار الشارع له . ولاخلاف فى التشريع بناء عليه كما قدمنا .

واما المصالح التى اقتضتها البيئات والطوارىء بعد انقطاع الوحى ، ولم يشرع الشارع احكاما لتحقيقها ولم يقم دليل منه على اعتبارها او الغائها فهذه تسمى المناسب المرسل او بعبارة اخرى المصلحة المرسلة .

٢ ـ ادلة من يحتجون بها : ـ

ذهب جمهور علماء المسلمين الى ان المصلحة المرسلة حجة شرعية يبنى عليها تشريع الاحكام ، وأن الواقعة التى لاحكم فيها بنص أو اجماع او قياس او استحسان يشرع فيها الحكم الذى تقتضيه المصلحة المطلقة ولايتوقف تشريع الحكم بناء على هذه المصلحة على وجود شاهد من الشرع باعتبارها .

وتنحصر ادلة القائلين بحجية المصالح المرسلة فيما يأتى :

ا ـ روى ان رسول الله ﷺ قال لمعاذ بن جبل حين بعثه الى اليمن : كيف تقضى اذا عرض لك قضاء ؟ قال : اقضى بما فى كتاب الله ، قال فان لم

يكن فى كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فان لم يكن فى سنة رسول الله ؟ قال : اجتهد رأيى لا آلو ، (أى لا أقصر فى الاجتهاد والبحث) قال معاذ فضرب رسول الله ﷺ صدرى بيده ثم قال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله .

ووجه الاستدلال من هذا الحديث : أن رسول الله ﷺ أقر معاذا على الاجتهاد بالرأى اذا لم يجد فى الكتاب او السنة مايقضى به ، والاجتهاد بالرأى كما يكون بقياس النظير على نظيره يكون بتطبيق الشريعة ، والاسترشاد بمبادئها وأهدافها العامة ، والواقع ان العمل بالمصالح المرسلة لايخرج عن هذا لانه تحقيق للمصلحة العامة وهو الهدف الاساسى من التشريع السماوى .

ب ـ ان مصالح الناس تتجدد ولاتتناهى ، فلو لم تشرع الاحكام لما يتجدد من مصالح الناس ولما يقتضيه تطورهم واقتصر التشريع على المصالح التى اعتبرها الشارع فقط لعطلت كثير من مصالح الناس فى مختلف الازمنة والامكنة ووقف التشريع عن مسايرة تطورات الناس ومصالحهم ، وهذا لايتفق وماقصد بالتشريع من تحقيق مصالح الناس .

جـ ـ أن من استقرأ تشريع الصحابة والتابعين والائمة المجتهدين يتبين انهم شرعوا احكاما كثيرةً لتحقيق مطلق المصلحة لا لقيام شاهد باعتبارها . فأبو بكر جمع الصحف المفرقة التى كانت مدونا فيها القرآن ، وحارب مانعى الزكاة . واستخلف عمر بن الخطاب . وعمر امضى الطلاق ثلاثا بكلمة واحدة ، ومنع سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات ووضع الخراج ودون الدواوين ، واتخذ السجون ، ووقف تنفيذ حد السرقة فى عام المجاعة وعثمان جمع المسلمين على مصحف واحد ونشره وحرق ماعداه ، وورث زوجة من طلق زوجته للفرار من ارثها . وعلى حرق الغلاة من الشيعة الروافض . والحنفية حجروا على المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس . والمالكية اباحوا حبس المتهم وتعزيره توصلا الى اقراره والشافعية اوجبوا القصاص من الجماعة اذا قتلوا الواحد . وجميع هذه المصالح التى قصدوها بما شرعوه من الاحكام هى مصالح مرسلة ،

وقد شرعوا بناء عليها لانها مصلحة ولانه لا دليل من الشارع على الغائها ، وما وقفوا عن التشريع لمصلحة حتى يشهد شاهد شرعي باعتبارها ، ولهذا قال القرافى : (ان الصحابة عملوا امورا لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار (. وقال ابن عقيل (السياسة كل فعل تكون معه الناس اقرب الى الصلاح وابعد عن الفساد وان لم يضعه الرسول ولانزل به وحى ومن قال لا سياسة الا بما نطق به الشرع فقد غلط وغلط الصحابة فى شريعتهم .

٣ ـ شروط الاحتجاج بها :

من يحتجون بالمصلحة المرسلة احتاطوا للاحتجاج بها حتى لاتكون بابا للتشريع بالهوى والتشهى ، ولهذا اشترطوا فى المصلحة المرسلة التى يبنى عليها التشريع شروطا ثلاثة :

ا ـ أن تكون مصلحة حقيقية وليست مصلحة وهمية . والمراد بهذا ان يتحقق من ان تشريع الحكم فى الواقعة يجلب نفعا او يدفع ضررا . واما مجرد توهم ان التشريع يجلب نفعا من غير موازنة بين مايجلبه من ضرر فهذا بناء على مصلحة وهمية . ومثال هذه المصلحة التى تتوهم فى سلب الزوج حق تطليق زوجته وجعل حق التطليق للقاضى فقط فى جميع الحالات .

ب ـ ان تكون مصلحة عامة وليست مصلحة شخصية . والمراد بهذا ان يتحقق من ان تشريع الحكم فى الواقعة يجلب نفعا لاكبر عدد من الناس او يدفع ضررا عنهم وليس لمصلحة فرد او افراد قلائل منهم . فلايشرع الحكم لانه يحقق مصلحة خاصة بأمير او عظيم بصرف النظر عن جمهور الناس ومصالحهم . فلابد ان تكون لمنفعة جمهور الناس .

جـ ـ ان لايعارض التشريع لهذا المصلحة حكما او مبدأ ثبت بالنص او الاجماع . فلايصح اعتبار المصلحة التى تقتضى مساواة الابن والبنت فى الارث لان هذه المصلحة ملغاة لمعارضتها نص القرآن . ولهذا كانت فتوى يحيى بن يحيى الليثى المالكى فقيه الاندلس وتلميذ الامام مالك بن انس خاطئة . وذلك ان احد ملوك الاندلس افطر عمدا فى رمضان فأفتاه الامام يحيى بانه لاكفارة

لافطاره الا ان يصوم شهرين متتابعين وبنى فتواه على ان المصلحة تقتضى هذا ، اذ ان المقصود من الكفارة زجر المذنب وردعه حتى لايعود الى مثل ذنبه ، ولايردع هذا الملك الا هذا . فأما إعتاقه رقبة فهذا يسير عليه ولاردع فيه فهذه الفتوى بنيت على مصلحة ولكنهّا تعارض نصّاً لأنّ النصّ صريح فى أنّ كفارة من أفطر فى رمضان عمدا اعتاق رقبة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ، بلا تفريق بين ملك يفطر وفقير يفطر . فالمصلحة التى اعتبرها المفتى لالزام الملك بالتكفير بصيام شهرين خاصة مصلحة ليست مرسلة بل هى ملغاة .

ومن هذا يتبين ان المصلحة وبعبارة اخرى الوصف المناسب اذا دل شاهد شرعى على اعتباره بنوع من انواع الإعتبار فهو المناسب المعتبر من الشارع وهو اما المناسب المؤثر او المناسب الملائم . واذا دل شاهد شرعى على الغاء اعتباره فهو المناسب الملغى ، واذا لم يدل شاهد شرعى على اعتباره ولا على الغائه فهو المناسب المرسل وبعباره اخرى المصلحة المرسلة .

٤ ـ اشهر من لا يحتجون بها :

ذهب بعض علماء المسلمين الى أن المصلحة المرسلة التى لم يشهد شاهد شرعى باعتبارها ولابالغائها لا يبنى عليها تشريع .

ودليلهم امران : الاول ان الشريعة راعت كل مصالح الناس بنصوصها وبما ارشدت اليه من القياس ، والشارع لم يترك الناس سدى ولم يهمل اية مصلحة من غير إرشاد إلى التشريع لها . فلا مصلحة إلاّ ولها شاهد من الشارع باعتبارها . والمصلحة التى لا شاهد من الشارع بإعتبارها ليست فى الحقيقة مصلحة ، وما هى الا مصلحة وهمية ولا يصح بناء التشريع عليها .

والثانى : ان التشريع بناء على مطلق المصلحة فيه فتح باب لاهواء ذوى الاهواء من الولاة والامراء ورجال الافتاء فبعض هؤلاء قد يغلب عليهم الهوى والغرض فيتخيلون المفاسد مصالح ، والمصالح امور تقديرية تختلف باختلاف

الاراء والبيئات . ففتح باب التشريع لمطلق المصلحة فتح باب الشر .

والراجح هو ترجيح بناء التشريع على المصلحة المرسلة ، لانه اذا لم يفتح هذا الباب جمد التشريع الاسلامى ووقف عن مسايرة الازمان والبيئات ومن قال ان كل جزئية من جزئيات مصالح الناس فى اى زمن وفى اية بيئة قدراعاها الشارع وشرع بنصوصه ومبادئه العامة ما يشهد لها ويلائمها . فقوله لا يؤيده الواقع فانه مما لا ريب فيه ان بعض المصالح التى تجد لا يظهر شاهد شرعى على اعتبارها ذاتها .

ومن خاف من العبث والظلم واتباع الهوى باسم المصلحة المطلقة ، يدفع خوفه بان المصلحة المطلقة لا يبنى عليها تشريع الا اذا توافرت فيها الشروط الثلاثة التى بيناها وهى ان تكون مصلحة عامة حقيقية لا تخالف نصا شرعيا ولا مبدأ شرعيا .

قال ابن القيم « من المسلمين من فرطوا فى رعاية المصلحة المرسلة فجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد محتاجة الى غيرها ، وسدوا على أنفسهم طرقا صحيحة من طرق الحق والعدل . ومنهم من افرطوا فسوغوا ما ينافى شرع الله واحدثوا شرا طويلا وفسادا عريضا » .

لذلك يمكن القول ان المصلحةالمرسلة من اهم الاصول الشرعية والتى يمكن ان تأتى بنتائج عظيمة اذا استخدمها من ينطبق عليه وصف المجتهد . فعن طريقها يمكن لولاة الامور الفصل فى الامور بروح الشريعة ومبادئها العامة وقواعدها الاساسية وان يشرعوا الاحكام والقوانين التى تحقق مصلحة الامة وتلبى حاجاتها ومطالبها .

ويلاحظ أن المصالح المرسلة والقياس يتفقان فى امرين :

اولهما : ان العمل بهما يكون فى الوقائع التى سكت الشارع عن بيان حكمها ولا يوجد لها حكم خاص فى الكتاب او السنة او الاجماع .

وثانيهما : أن الحكم الثابت بهما مبنى على رعاية المعنى المناسب الذى يغلب على الظن انه يصلح ان يكون مناطا وعلة لتشريع الحكم .

وانهما يختلفان فى أمرين أيضا :

أولهما : أن الوقائع التى يحكم فيها بالقياس لها نظير فى الكتاب او السنة او الاجماع ويمكن قياسها عليه .

أما الوقائع التى يحكم فيها بالمصالح المرسلة فليس لها نظير تقاس عليه ، بل يثبت الحكم فيها ابتداء ، بناء على ما يكون فيها من تحقيق مصلحة الناس .

ثانيهما : ان المصلحة التى بنى عليها الحكم فى القياس قام الدليل المعين على اعتبارها ، اما المصلحة التى بنى الحكم عليها فى المصالح المرسلة فلم يقم الدليل على اعتبارها او الغائها ، بل سكت الشارع عنها ومن ثم كانت مصلحة مطلقة غير معتبرة وغير ملغاة .

المطلب السابع

العرف

١ ـ تعريفه :

العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه ، من قول ، أو فعل ، أو ترك ، ويسمى العادة . وفى لسان الشرعيين لا فرق بين العرف والعادة . فالعرف العملى مثل تعارف الناس البيع بالتعاطى من غير صيغة لفظية ، والعرف القولى مثل تعارفهم اطلاق الولد على الذكر دون الانثى وتعارفهم على أن لا يطلقوا لفظ اللحم على السمك . والعرف يتكون من تعارف الناس على اختلاف طبقاتهم عامتهم وخاصتهم بخلاف الاجماع فانه يتكون من اتفاق المجتهدين خاصة ، ولا دخل للعامة فى تكوينه[١] .

٢ ـ انواعه : العرف نوعان : عرف صحيح ، وعرف فاسد . فالعرف

---

(١) انظر مجموعة الرسائل لابن عابدين جـ ٢ ص ١٠٤

الصحيح هو ما تعارفه الناس ولا يخالف دليلا شرعيا ولا يحل محرما ولا يبطل واجبا ، كتعارف الناس عقد الاستصناع ، وتعارفهم تقسيم المهر الى مقدم ومؤخر ، وتعارفهم ان الزوجة لا تزف الى زوجها الا اذا قبضت جزءا من مهرها ، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب الى خطيبته من حلى وثياب هو هدية لا من المهر .

وأما العرف الفاسد فهو ما تعارفه الناس ولكنه يخالف الشرع أو يحل المحرم أو يبطل الواجب ، مثل تعارف الناس كثيرا من المنكرات فى الموالد والمآتم . وتعارفهم أكل الربا وعقود المقامرة .

٣ ـ **حكمه** : أما العرف الصحيح فتجب مراعاته فى التشريع وفى القضاء ، وعلى المجتهد مراعاته فى تشريعه ، وعلى القاضى مراعاته فى قضائه ، لان ما تعارفه الناس وما ساروا عليه صار من حاجاتهم ومتفقا ومصالحهم ، فما دام لا يخالف الشرع وجبت مراعاته والشارع راعى الصحيح من عرف العرب فى التشريع ، ففرض الدية على العاقلة ، وشرط الكفاءة فى الزواج ، واعتبر العصبية فى الولاية والارث .

ولهذا قال العلماء : العادة شريعة محكمة . والعرف فى الشرع له اعتبار والامام مالك بنى كثيرا من احكامه على عمل أهل المدينة . وأبو حنيفة وأصحابه اختلفوا فى أحكام بناء على اختلاف أعرافهم والشافعى لما هبط الى مصر غير بعض الاحكام التى كان قد ذهب اليها وهو فى بغداد لتغير العرف ولهذا له مذهبان قديم وجديد وفى فقة الحنفية أحكام كثيرة مبنية على العرف منها اذا اختلف المتداعيان ولا بينة لاحدهما فالقول لمن يشهد له العرف واذا لم يتفق الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر فالحكم هو العرف . ومن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث بناء على العرف والمنقول يصح وقفه اذا جرى به العرف . والشرط فى العقد يكون صحيحا اذا ورد به الشرع أو اقتضاه العقد أو جرى به العرف وقد ألف ابن عابدين رسالة سماها (نشر العرف فيما بنى من الاحكام

على العرف) . ومن العبارات المشهورة : المعروف عرفا كالمشروط شرطا والثابت بالعرف كالثابت بالنص .

وأما العرف الفاسد فلا تجب مراعاته لان فى مراعاته معارضة دليل شرعى أو ابطال حكم شرعى ، فاذا تعارف الناس عقدا من العقود الفاسدة كعقد ربوى أو عقد فيه غرر وخطر ، فلا يكون لهذا العرف أثر فى اباحة هذا العقد .

وقد كان من نتيجة اعتبار العرف فى تشريع الاحكام أن اختلفت تلك الاحكام تبعا لاختلاف العرف والعادة لان تغير الاصل يستلزم تغير الفرع بالضرورة ، لذا يختلف أئمة المذهب الواحد فى استنباط الاحكام تبعا لاختلاف العرف وتغيّره ، والعلماء المتأخرون يخالفون الأئمة المتقدمين فى بعض اجتهاداتهم فى الفروع ، وهذا الاختلاف هو ما يقول فيه العلماء : إنه اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة وبرهان . والعرف عند التحقيق ليس دليلا شرعيا مستقلا ، وهو فى الغالب من مراعاة المصلحة المرسلة ، وهو كما يراعى فى تشريع الاحكام يراعى فى تفسير النصوص ، فيخصص به العام . ويقيد به المطلق . وقد يترك القياس بالعرف ولهذا صح عقد الاستصناع لجريان العرف به وان كان قياسا لا يصح لانه عقد على معدوم .

ومما تقدم يتضح أن العرف مصدر خصب من مصادر القانون الاسلامى التى ينبغى الاهتمام بها والعمل على الاستفاده منها مراعاة لمصالح الناس ولرفع الحرج عنهم .

المطلب الثامن

الاستصحاب

١ ـ تعريفه :

الاستصحاب فى اللغة : اعتبار المصاحبة . وفى اصطلاح الاصوليين : هو الحكم على الشىء بالحال التى كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغير تلك

الحال ، أو هو جعل الحكم الذي كان ثابتا في الماضي باقيا في الحال حتى يقوم دليل على تغيره[1] .

فاذا سئل المجتهد عن حكم عقد أو تصرف ولم يجد نصا في القرآن أو السنة ولا دليلا شرعيا يدل على حكمه ، حكم باباحة هذا العقد أو التصرف بناء على أن الاصل في الاشياء الاباحة ، وهي الحال التي خلق الله عليها ما في الارض جميعه ، فما لم يقم دليل على تغيرها فالشيء على اباحته الاصلية ، واذا سئل المجتهد عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أي طعام أو شراب أو عمل من الاعمال ولم يجد دليلا شرعيا على حكمه ، حكم باباحته . لان الاباحة هي الاصل ولم يقم دليل على تغيره .

وانما كان الاصل في الاشياء الاباحة لان الله سبحانه قال في كتابه الكريم « هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا » وصرح في عدة آيات بأنه سخر للناس ما في السموات وما في الارض ، ولا يكون ما في الارض مخلوقا للناس ومسخّراً لهم الا اذا كان مباحا لهم . لانه لو كان محظورا عليهم ما كان لهم .

٢ ـ **أنواعه** : والاستصحاب أنواع ثلاثة هي :

أ ـ **استصحاب الحكم الاصلي للاشياء** : وهو الاباحة عند عدم الدليل على خلافه وهو ما سبقت الاشارة اليه .

ب ـ **استصحاب العدم الاصلي أو البراءة الاصلية** : ومثاله الحكم ببراءة الذمة من التكاليف الشرعية والحقوق حتى يوجد الدليل الذي يدل على شغلها بشيء من ذلك كالالتزام أو الاتلاف .

فاذا ادعى شخص أن له دينا على آخر ، ولم يقم دليلا على ذلك وجب الحكم ببراءة ذمة المدعى عليه لان الاصل براءة الذمة حتى يقوم الدليل على العكس .

---

(١) انظر كتاب ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٠٨

جـ ـ استصحاب ما دل الشرع على ثبوته لوجود سببه حتى يقوم الدليل على زواله :

كثبوت الملك عند وجود السبب الذى يفيده ، وثبوت الحل بين الزوجين عند جريان العقد الذى يفيده ، وشغل الذمة عند حصول الالتزام بمال أو اتلافه .

٣ ـ حجيته : الاستصحاب آخر دليل شرعى يلجأ اليه المجتهد لمعرفة حكم ما عرض له . ولهذا قال الاصوليون : انه آخر مدار الفتوى وهو الحكم على الشيء بما كان ثابتا له ما دام لم يقم دليل بغيره . وهذا طريق فى الاستدلال قد فطر عليه الناس وساروا عليه فى جميع تصرفاتهم واحكامهم . فمن عرف انسانا حيا حكم بحياته وبنى تصرفاته على هذه الحياة حتى يقوم الدليل على وفاته . ومن عرف فلانة زوجة فلان شهد بالزوجية ما دام لم يقم له دليل على انتهائها . وهكذا كل من علم وجود أمر حكم بوجوده حتى يقوم الدليل على عدمه . ومن علم عدم أمر حكم بعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده .

وقد درج على هذا القضاء فالملك الثابت لاى انسان بسبب من أسباب الملك يعتبر قائما حتى يثبت ما يزيله ، والحل الثابت للزوجين بعقد الزواج يعتبر قائما حتى يثبت ما يزيله . والذمة المشغولة بدين أو بأى التزام تعتبر مشغولة به حتى يثبت ما يخليها منه ، والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعتبر بريئة حتى يثبت ما يشغلها والاصل بقاء ما كان حتى يثبت ما يغيره .

وقد وضع الفقهاء والمجتهدون بعض المبادىء الفقهية التى أسسوها على الاستصحاب وسنشير فيما يلى الى طائفة من أهم هذه المبادىء .

٤ ـ المبادىء الفقهية المبنية على الاستصحاب :

وعلى هذا المصدر بنى الفقهاء المبادىء الاتية :

أ ـ الاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره ، وبناء على هذه القاعدة قال الفقهاء : ان المفقود او الغائب الذى لا يعلم مكانه وحياته أو موته تجرى عليه أحكام الاحياء فيما كان له حتى يقوم الدليل على وفاته ،

فلايورث ماله ، ولا تتزوج امرأته ولا تؤخذ وديعته من مودعه لان حياته كانت ثابتةً بيقين عند غيبته أو فقده ، فيحكم ببقائها الى أن يقوم دليل على موته ، أما اذا مات أحد أقارب المفقود ، وكان المفقود من ورثته فلا يحكم له بنصيبه من الميراث ، بل يوقف الامر حتى تثبت حياته او موته على وجه اليقين ، والسبب فى ذلك أن الميراث لا يثبت الا لمن تعلم حياته يقينا عند وفاة مورّثه .

ب ـ الاصل فى الاشياء الاباحة وعلى ذلك يحكم بصحة كل عقد أو تصرف لم يرد ما يدل على فساده أو بطلانه ، كما تحكم على كل نبات أو حيوان لم يرد دليل شرعى على تحريمه .

جـ ـ أن اليقين لا يزول بالشك ، ومعنى ذلك أنه اذا ثبت شيء على وجه التيقن فلا يحكم بزواله لمجرد الشك ، ومن الفروع المبنية على هذا الاصل : أن من تيقن بالوضوء وشك فى إنتقاضه فانه يحكم ببقاء وضوئه الثابت من قبل بيقين ، ومن أكل فى رمضان وهو شاك فى طلوع الفجر ، ولم يتبين أنه أكل بعد طلوع الفجر أو قبله كان صومه صحيحا لان الليل متيقن والفجر مشكوك فيه .

ومن شك فى غروب الشمس لا يجوز له الفطر ، فاذا أكل فسد صومه ووجب عليه صيام يوم بدلا عنه ، لان النهار متيقن ، والغروب مشكوك فيه [1] .

والواقع أن اعتبار الاستصحاب نفسه دليلا على الحكم فيه تجوزلان الدليل فى الحقيقة هو الدليل الذى ثبت به الحكم السابق وما الاستصحاب الا استيفاء دلالة هذا الدليل على حكمه . وقد قرر علماء الحنفية أن الاستصحاب حجة للدفع لا للاثبات ومرادهم بهذا أنه حجة على بقاء ما كان على ما كان ودفع ما يخالفه حتى يقوم دليل يثبت هذا الذى يخالفه ، وليس حجة لاثبات أمر غير ثابت ويوضح هذا ما قرروه فى المفقود غلى نحو ماسلف بيانه . فهذا المفقود يحكم بأنه حى باستصحاب الحال التى عرف بها حتى يقوم دليل على وفاته .

---

(١) انظر رد المختار على الدين المختار لابن عابدين جـ ٢ ص ١٠٨

وهذا الاستصحاب الذى دل على حياته حجة تدفع عنه بها دعوى وفاته والارث منه وفسخ إجارته وطلاق زوجته على نحو ما ذكرنا ولكنه ليس حجة لاثبات ارثه من غيره لان حياته الثابته بالاستصحاب حياة اعتبارية لا حقيقية .

المطلب التاسع

شرع من قبلنا

١ ـ التعريف بشرع من قبلنا :

المقصود بشرع من قبلنا الاحكام التى ورد فى القرآن أو فى السنة أن الله تعالى شرعها للامم السابقة بواسطة أنبيائه الذين أرسلهم الى تلك الامم قبل رسالة محمد عليه الصلاة والسلام كسيدنا ابراهيم وموسى وعيسى عليهم الصلاة والسلام ..

وقد بحث علماء الاصول فى شرائع الانبياء السابقين من ناحية خاصة وتساءلوا هل هذه الشرائع مشروعة بالنسبة الينا ، فيلزمنا اتباعها وتطبيقها أم انها قاصرة على الامم السابقة ؟

٢ ـ حجية الأحكام الواردة فى شرع من قبلنا :

اذا قص القرآن أو السنة الصحيحة حكما من الاحكام الشرعية التى شرعها الله لمن سبقنا من الامم على السنة رسلهم ونص على انها مكتوبة علينا كما كانت مكتوبة عليهم فلا خلاف فى انها شرع لنا وقانون واجب اتباعه بتقرير شرعنا لها كقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » .

واذا قص القرآن الكريم او السنة الصحيحة حكما من هذه الاحكام وقام الدليل الشرعى على نسخه ورفعه عنا ، فلا خلاف فى انه ليس شرعا لنا بالدليل الناسخ من شرعنا مثل ما كان فى شريعة موسى من ان العاصى لا يكفر ذنبه الا أن يقتل نفسه ، ومن ان الثوب اذا اصابته نجاسة لا يطهّره الا قطع

ما اصيب منه ، وغير ذلك من الاحكام التى كانت اصرا حمله الذين من قبلنا ورفعه الله عنا .

وموضع الخلاف هو ما قصّه علينا الله او رسوله من احكام الشرائع السابقة ولم يرد فى شرعنا ما يدل على انه مكتوب علينا كما كتب عليهم ، او انه مرفوع عنا ومنسوخ كقوله تعالى « من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس او فساد . فى الارض فكانما قتل الناس جميعا « وقوله » وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص » .

فقال جمهور الحنفية وبعض المالكية والشافعية انه يكون شرعا لنا وعلينا اتباعه وتطبيقه ، مادام قد قص علينا ولم يرد فى شرعنا ما ينسخه لانه من الاحكام الالهية التى شرعها الله على السنة رسله وقصّه علينا ولم يدل الدليل على نسخها فيجب على المكلفين اتباعها ، ولهذا استدل الحنفية على قتل المسلم بالذمى وقتل الرجل بالمرأة باطلاق قوله تعالى « النفس بالنفس » .

وقال بعض العلماء : إنه لا يكون شرعا لنا لان شريعتنا ناسخة للشرائع السابقة الا اذا ورد فى شرعنا ما يقرره . والحق هو المذهب الاول ، لان شريعتنا انما نسخت من الشرائع السابقة ما يخالفها فقط ، ولان قص القرآن علينا حكما شرعيا سابقا بدون نص على نسخه هو تشريع لنا ضمنا ، لانه حكم الهى بلّغه الرسول الينا ولم يدل دليل على رفعه عنا . ولان القرآن مصدق لما بين يديه من التوراة والانجيل فما لم ينسخ حكما فى أحدهما فهو مقرر له .

والواقع ان شرع من قبلنا ليس عند التحقيق دليلا مستقلا لانه لايعمل به الا اذا ورد فى القرآن او فى السنة ولم يرد فى شرعنا ما يدل على نسخه ورفعه عنا ولذلك فالمصدر الحقيقى له إما القرآن واما السنة .

المطلب العاشر

مذهب الصحابى

١ ـ تعريف الصحابى :

الصحابى عند جمهور الاصوليين هو : من لقى النبى ﷺ و آمن به ، ولازمه زمنا طويلا حتى صار يطلق عليه اسم الصاحب عرفا . وذلك كالخلفاء الراشدين وزوجات الرسول ﷺ وأبى هريرة وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت وغيرهم ممن صدقوا برسالة سيدنا محمد ﷺ ولازموه وشاهدوا أفعاله وسمعوا اقواله وتخلقوا باخلاقه الكريمة . وهناك اصطلاح آخر فى الصحابى لعلماء الحديث . ويوافقهم فيه بعض علماء الاصول ، وهو أن الصحابى يطلق على كل شخص رأى النبى ﷺ وآمن به سواء طالت صحبته به او لم تطل ، وعلى هذا الاصطلاح يستحق اسم الصحابى كل من آمن بالنبى ﷺ واجتمع به ولو لحظة .(١)

٢ ـ رأى علماء الاصول فى حجية مذهب الصحابى :

بعد وفاة الرسول ﷺ تصدى لافتاء المسلمين والتشريع لهم جماعة من الصحابة عرفوا بالفقه والعلم وطول ملازمة الرسول وفهم القرآن وأحكامه وقد صدرت عنهم عدة فتاوى فى وقائع مختلفة ، وعنى بعض الرواة من التابعين وتابعى التابعين بروايتها وتدوينها ، حتى ان منهم من كان يدوّنها مع سنن الرسول . فهل هذه الفتاوى من المصادر التشريعية الملحقة بالنصوص بحيث أن المجتهد يجب عليه ان يرجع اليها قبل أن يلجأ الى القياس ؟ أو هى مجرد آراء فردية اجتهادية ليست حجة على المسلمين .

---

١ ـ انظر فى مذهب الصحابى المنهاج وشرحه للبدخشى جـ٣ ص ٣٦١ وانظر فى رأى الشافعى شرح الجلال المحلى لجمع الجوامع جـ٢ ص ٣٦١ وانظر العطار فى الحاشية على جمع الجوامع جـ٣ ص٣٦ .

وخلاصة القول فى هذا الموضوع ، أنه لاخلاف فى أن قول الصحابى فيما لايدرك بالرأى والعقل يكون حجة على المسلمين ، لانه لابد ان يكون قاله عن سماع من الرسول ، كقول عائشه رضى الله عنها : لا يمكث الحمل فى بطن أمّه أكثر من سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل « فمثل هذا ليس مجالا للاجتهاد والرأى . فاذا صح فمصدره السماع من الرسول وهو من السنة وان كان فى ظاهر الامر من قول الصحابى .

ولاخلاف أيضا فى أن الصحابى الذى لم يعرف له مخالف من الصحابة يكون حجة على المسلمين » لان اتفاقهم على حكم فى واقعة مع قرب عهدهم بالرسول وعلمهم بأسرار التشريع واختلافهم فى وقائع كثيرة غيرها دليل على استنادهم الى دليل قاطع . ولهذا لما اتفقوا على توريث الجدات السدس كان حكما واجبا اتباعه ، ولم يعرف فيه خلاف بين المسلمين .

وانما الخلاف فى قول الصحابى الصادر عن رأيه واجتهاده . ولم تتفق عليه كلمة الصحابة . فقال ابو حنيفة ومن وافقوه : اذا لم اجد فى كتاب الله ولاسنة رسوله أخذت بقول اصحابه من شئت وادع قول من شئت ثم لا اخرج عن قولهم الى غيره ، فالامام ابو حنيفة لايرى رأى واحد معين منهم حجة فله ان يأخذ برأى من شاء منهم ولكنه لا يسوغ مخالفة آرائهم جميعا ، فهو لا يسوغ القياس فى الواقعة مادام للصحابة فيها فتوى ، بل يأخذ فيها بأى قول من أقوالهم . ولعله يرى ان إختلاف الصحابة فى حكم الواقعة الى قولين اجماع منهم على انه لاثالث . واختلافهم الى ثلاثة اقوال اجماع منهم على انه لارابع ، فالخروج عن أقوالهم جميعا خروج عن اجماعهم .

وظاهر كلام الامام الشافعى أنه لا يرى رأى واحد معين منهم حجة ويسوغ مخالفة آرائهم جميعا . والاجتهاد فى استنباط رأى آخر . لانها مجموعة آراء اجتهادية فردية لغير معصومين ، وكما جاز للصحابى أن يخالف الصحابى يجوز لمن بعدهما من المجتهدين أن يخالفهما . ولهذا قال الشافعى « لا يجوز الحكم او الافتاء

الا من جهة خبر لازم . وذلك الكتـاب او السنـة ـ او ما قالـه أهـل العلـم لا يختلفون فيه ، او قياس على بعض هذا » .

والواقع أن الارجح فى نظري هو ماذهب اليه الامام الشافعـى لان رأى الصحابى الصادر . عن رأيه واجتهاده . والذى لم تتفق عليه كلمة الصحابة لا يعد بذاته دليلا شرعيا ومما يؤيد ذلك ان بعض المجتهديـن من التابعـين اجتهدوا فى بعض المسائل وخالفوا أقوال او آراء بعض الصحابة ولو كان رأى الصحابى فى حد ذاته دليلا شرعيا لكان حجة على المجتهدين وعلى اولئـك التابعين وهناك أمثلة عديدة فى كتب الفقة على مخالفات من المجتهديـن من التابعين فى الاراء لكبار الصحابة ومن ذلك ما يأتى : ـ

(أ) روى أن على بن أبى طالبٌ رضى الله عنه وهو خليفة تحاكم الى احد قضاته وهو شريح وكان من كبار التابعين فى درع له وجدها مع احد اليهود وادعى انها ملكه ، وانكر اليهودى ذلك وقال درعى وفى يدى ، فطلب شريح من على شاهدين يشهد ان له على دعواه فدعا مولاه قتبرا فشهد له ، ودعا ابنه الحسن فشهد له ، فقال شريح : أما شهادة مولاك فقد أجزتها لك وأما شهادة ابنك فلا اجيزها ، وكان من رأى على جواز شهادة الابن لابيه ، فسلم على الدرع لليهودى ، فقال اليهودى : أمير المؤمنين مشى معى الى قاضيـه فقضى عليه ، فرضى به ، ثم قال لعلى صدقت ، والله انها لدرعك ، وأسلم اليهودى وكان مع على حتى قتل فى واقعة صفين .

(ب) أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل نذر ان يذبح ابنه فأفتى بأن الواجب عليه ذبح مائة من الابل ، ولما علم بذلك مسروق ـ وهو من كبـار التابعين ـ رأى أن الواجب ذبح شاة واحدة وقال : ليس ولده خيرا من اسماعيل « يشير بذلك الى قصة ابراهيم وولده اسماعيل عليهما السلام وأمر الله له بذبح شاة فداء لاسماعيل » وخالف فى هذا افتاء الصحابى عبد الله بن عباس .

وروى ان ابن عباس رجع عن قوله الى قول مسروق .

من كل أولئك يبين ان رأى الصحابى الصادر عن رأيه واجتهاده ولم تتفق عليه كلمة الصحابة لا يعد بذاته دليلا شرعيا وانما هو قول غير معصوم .

* * * *

هذه هى الادلة الشرعية العشرة ، أو مصادر القانون الاسلامى وتعتبر الشريعة الاسلامية المصدر الاول والاساسى للقانون فى المملكة العربية السعودية ، وتذهب بعض الدول العربية والاسلامية الاخرى الى وضع الشريعة الاسلامية فى مركز تال للتشريع والعرف عند ترتيبها بين المصادر الرسمية للقانون بالنسبة للمعاملات المدنية ومن بين هذه البلاد مصر أما بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية فتتجه جميع الدول العربية الى تطبيق الشريعة الاسلامية على المسلمين فيها .

المبحث الثاني : مصادر القانون فى الأنظمة العالمية المختلفة .

المطلب الأول

التشريع

١ ـ معنى التشريع : ـ

يقصد بالتشريع احد معنيين : الاول كل قاعدة من القانون المكتوب ، والثانى : وضع القواعد المكتوبة عن طريق السلطة التى يعطيها نظام الدولة او دستورها هذا الاختصاص .

غير انه يوجد بجانب المعنيين المتقدمين معنى ثالث اذ قد تطلق كلمة التشريع على نوع معين من القانون المكتوب يصدر من السلطة التشريعية بالذات وهذا هو القانون او النظام بالمعنى الضيق فقد تكون السلطة المختصة بوضع القاعدة القانونية المكتوبة هى السلطة التشريعية وقد تكون غيرها . والواقع ان هذا المعنى الضيق هو المقصود فى الغالب اذ يقصد عادة وفى معظم الاحوال بالتشريع القواعد القانونية التى تسنها السلطة التشريعية فى الدولة وهناك الى جانب التشريع بالمعنى الضيق تشريعات فرعية تسنها السلطة التنفيذية كاللوائح .

واذا كان التشريع هو المصدر الرسمى الاول فى كثير من دول العالم ، الا ان هناك بلادا لا يزال دور التشريع فيها متواضعا ، وهى البلاد التى يسودها النظام القانونى الانجلو امريكى او ما يسمى بنظام القانون غير المكتوب (Common Law) ففى هذه البلاد تعتبر احكام القانون القضاء او السوابق القضائية (Precedent) هى المصدر الاساسى والرسمى الاول للقانون ويقوم التشريع (Statute Law) بدور ثانوى بحت ينحصر فى ادخال تعديلات على ما استقر عليه القضاء او وضع الاحكام والقواعد التى لم تتعرض لها احكام القضاء ، وان كان من الملاحظ ان التشريع بدأ يكسب اهمية خاصة فى الولايات المتحدة الامريكية فى السنوات الاخيرة .

٢ ـ مزايا التشريع وعيوبه :

وللتشريع مزاياه وله عيوبه فمن مزاياه انه اداة فعالة متقدمة لوضع القواعد القانونية ، فالسلطة التشريعية تصوغ القاعدة كتابة بصورة واضحة بعد التأمل فى كل كلمة من كلماتها وتقدير كافة الاحتمالات التى يمكن ان تثور عند تطبيقها ويتسنى لكل فرد ان يتعرف على مضمون القاعدة ، ويستخلص منها ماله من حقوق وما عليه من واجبات ولا يقتصر الامر على وضوح القاعدة القانونية المكتوبة الذى يؤدى الى استقرار المعاملات ويضمن الثقة المشروعة التى تتولد

بمناسبتها ، بل يتحقق من سن التشريع كذلك وجود اداة فعالة لتطوير الجماعة وتحقيق وحدتها : فهو يمكن السلطة التشريعية من علاج مشاكل المجتمع بسرعة ومن ان تدخل الى الجماعة الانظمة القانونية التى ثبت نجاحها فى الخارج ، او تلك التى تتوصل اليها العقول المفكرة التى صادفت حظاً من الثقافة ، ومن هذه الناحية يدفع بالمجتمع الى التطور والتقدم ولا يترك حتى يعتنق ما يثبت نجاحه من الانظمة بعد تجربتها ولهذا صار دور التشريع فى هذا العصر الذى يتطور بسرعة كبيرة وتنتقل فيه الافكار من مجتمع الى آخر بسرعة مذهلة .

والتشريع اذ يطبق على سائر انحاء الدولة بغير تفرقة بين اقليم وآخر ـ يكفل وحدة القواعد القانونية فى البلد الواحد ، وهو امر يعتبر من سمات الدول المتحضرة ، ويكفل فى نفس الوقت تحقيق المساواة وهى اساس كل قانون فى الدولة الحديثة .

ولكن بالرغم من المزايا المتقدمة للتشريع فانه لا يخلو من عيوب فقد يكون غير ملائم لظروف الجماعة ، فقد ينجح نظام فى دولة ما ولكنه لا ينجح فى دولة اخرى لاختلاف البيئة والتقاليد والقيم ، وعندئذ يكتنف تطبيق قواعده مشاكل كثيرة .

٣ ـ سن التشريع واصداره ونشره :

متى سن التشريع واصبح واجب التنفيذ ، تعين على الناس ان ينظموا سلوكهم وفقا له ووجب على السلطتين التنفيذية والقضائية ان تطبقّه كل منها فى حدود اختصاصها .

ويسرى التشريع من وقت اصداره ونشره فى الجريدة الرسمية فى الاحوال العادية ويستمر العمل به الى وقت الغائه اى الى تاريخ نشر التشريع التالى له الذى يتضمن الغاءه صراحة او ضمنا .

ومن ذلك يبين ان التشريع لا يكون نافذا بمجرد سنّه ولكن يلزم ، فوق ذلك ان تتخذ اجراءات اخرى يمكن وصفها بانها اجراءات تنفيذية ، ليبدأ التزام

الناس باحكامه ، فالتشريع الذى تقره السلطة التشريعية يجب اصداره من رئيس الدولة ، كما ان كلا من القانون واللائحة يحتاج الى نشره فى الجريدة الرسمية ، حتى يفترض علم الناس به ويبدأ التزامهم باحكامه .

والاصدار عمل يقصد به تسجيل الوجود القانونى للتشريع ، بعد انتهاء مراحله التشريعية ، والاصدار يقوم به رئيس الدولة باعتباره رأس السلطة التنفيذية ، وهو يتضمن امرا الى الموظفين المختصين بتنفيذ احكامه ، نظرا لان مقتضيات التنظيم توجب ان يكون قيامهم بالتنفيذ مستندا الى امر رئيس السلطة التى يعملون فيها . كما ان اصدار القوانين شرط لامكان تطبيقها بوساطة السلطة القضائية .

اما النشر فهو اجراء لاحق للاصدار ، يقصد منه حمل التشريع الى علم افراد المجتمع حتى يلتزموا باحكامه .

٤ ـ سريان التشريع من حيث الزمان والمكان :

والقاعدة فى تحديد سريان التشريع من حيث الزمن هى ان التشريع الجديد يسرى على الوقائع التى تحدث فيما بين بدء العمل به وتاريخ الغائه وانه يسرى فى الحال وفى المستقبل الذى ينتهى بالغائه ، ولا يسرى فى الماضى كقاعدة عامة الا فى احوال استثنائية معينة وتسمى هذه القاعدة قاعدة عدم سريان القوانين على الماضى او مبدأ عدم رجعية التشريع او عدم استناده الى الماضى .

والاصل ان كل دولة لها السيادة التامة على جميع اقليمها ، وانها تملك تنظيم المجتمع فيها وصبغه بالصبغة التى تختارها له دون تدخل فى ذلك من الدول الاخرى وتبعا لذلك يسرى قانون كل دولة على جميع من يقلهم اقليمها من وطنيين واجانب ولكنه لا يتعدى حدود هذا الاقليم إحتراماً لسيادة الدول الاخرى وقوانينها . وهذا المعنى هو المقصود بمبدأ اقليمية القوانين او التطبيق الاقليمى للقانون .

من هنا يلاحظ ان مبدأ اقليمية تطبيق القوانين يتفق مع ارتباط سلطة

القانون بسيادة الدولة ، واعتبار القانون مظهرا من مظاهر هذه السيادة ، ولذا فمن الطبيعى ان يكون التطبيق الاقليمى للقوانين هو الاصل الا انه تبين ان اطلاق مبدأ اقليمية التطبيق قد يتعارض مع المصلحة ومع العدالة فى بعض الاحوال ، فقد ظهرت الحاجة الى الخروج عن مبدأ اقليمية القوانين بالنسبة لبعض المسائل التى يقترن فيها تطبيق القانون بجنسية من طبق عليه ، فمثلا قد ترى الدولة تطبيق قوانين معينة على المتمتعين بجنسيتها فقط وقد تسمح الدولة بتطبيق القوانين الشخصية للاجانب ، فى اقليمها ، تحقيقا للمصالح التى تقتضى ذلك ، واستجابة لدواعى العدالة وهو ما يسمى بالتطبيق الشخصى للقانون ، بجانب مبدأ التطبيق الاقليمى للقانون الذى يعتبر الاصل والقاعدة .

٥ ـ تفسير التشريع وتطبيقه :

تطبيق التشريع يقصد به معنى عام هو اجراء حكم التشريع على الحالات الواقعية التى ينطبق عليها ، وقد عرفنا انه يقتضى اولا تحصيل الحكم القانونى الذى يتضمنه التشريع وتبين الحالة النموذجية التى وضع بالنظر اليها ومعرفة عناصرها الجوهرية او اوصافها المكونة لها ، ثم التحقق من مطابقة الحالة الواقعية لتلك الحالة النموذجية ، واجراء حكم هذه على تلك ، فهذا المعنى العام يشمل تفسير التشريع كما يشمل تطبيقه بالمعنى الخاص .

والتفسير هو الاستدلال على الحكم القانونى وعلى الحالة النموذجية التى وضع لها هذا الحكم من واقع الالفاظ التى عبر بها المشرع عن ذلك .

أما تطبيق التشريع بالمعنى الخاص فيأتى بعد التفسير ، وهو قياس الحالة الواقعية على الحالة النموذجية للتحقق من اتفاقها معها فى عناصرها الجوهرية ، واجراء حكم الثانية على الاولى .

ولما كان تطبيق التشريع من اختصاص القاضى ، فالاصل ان القاضى هو الذى يفسر التشريع ، ويسمى ذلك تفسيرا قضائيا . كما يفسر الفقة التشريع فنكون بصدد تفسير فقهى .

وقد يذهب الفقة والقضاء فى تفسير تشريع معين مذهبا يرى المشرع انه لا يتفق وما قصده من النص محل التفسير ، فيتدخل بنفسه فى تفسير هذا النص بتشريع جديد .

وبذلك تكون أنواع التفسير ثلاثة : تفسير تشريعى ، وتفسير قضائى ، وتفسير فقهى .

المطلب الثانى

العرف

العرف باعتباره مصدرا رسميا للقانون هو اطراد سلوك الناس فى مسألة معينة على نحو خاص بحيث تنشأ منه قاعدة قانونية غير مسنونة ، والعرف يتكون من ركنين : احدهما مادى ، والآخر معنوى .

فالركن المادى هو اطراد سلوك الناس فى بعض علاقاتهم بشكل معين أو هو عادة درج عليها الناس مدة طويلة فى تنظيم أمر معين بطريقة مخصوصة ، وظاهر أن العادة تقتضى التكرار لأن حدوث أمر معين مرة واحدة لايكون عادة .

وقوام العادة التى يتكون منها الركن المادى للعرف تكرار أمر معين على وتيرة واحدة ، ويشترط فيها أن كون :

(١) عامة ،

(٢) قديمة ،

(٣) ثابتة ،

(٤) وغير مخالفة للمعقول أو للاداب العامة أوللمبادىء الاساسية التى يقوم عليها قانون البلد .

ويتحدد معنى «العموم» فى القاعدة العرفية بنفس المعنى الذى سبق أن أشرنا اليه عندما تحدثنا عن العموم فى القاعدة القانونية .

أما القدم فيقتضى أن تكون قد مضت مدة طويلة على اتباع القاعدة العرفية ، على أنه ليس هناك حد أدنى يجب أن تبلغه هذه المدة بل يكفى الايتذكر جيل معين نبت اول ـ مسلك ، والامر متروك على أية حال لتقدير القاضى ، وقد صدر قانون فى انجلترا سنة ١٢٧٥م يشترط لقدم القاعدة العرفية ان يرجع وجودها على الاقل الى سنة ١١٧٩ وهو عهد ريتشارد قلب الاسد ، ثم إطّردت احكام القضاء الانجليزى على أنه يكفى ان يكون نشوء العادة سابقا على تاريخ ميلاد اى شخص مازال على قيد الحياة .

اما الثبات فمعناه ان يجرى الناس على اتباع مسلك معين دون انقطاع ، وهذا أيضا من مستلزمات الاطراد ، فاذا اتى افراد المجتمع مسلكا معينا فترة معينة ثم انقطعوا عنه فترة أخرى ، ثم رجعوا اليه ثالثة فلايقال انهم اطردوا على اتيان المسلك فالثبات اذن هو اتيان الغالبية العظمى مسلكا معينا بانتظام ، وهذه ايضا مسألة يقدرها قاضى الموضوع . وبديهى انه يشترط الا تخالف القاعدة العرفية النظام العام أوالاداب فى المجتمع والافقدت كقاعدة قانونية عرفية ركنا اساسيا فيها .

أما الركن المعنوى فهو اعتقاد الناس بان هذه العادة ملزمة ، أى انها واجبة الاتباع باعتبارها قاعدة قانونية لها فى انفسهم مالسائر القواعد القانونية من حرمة وقد اصطلح الشراح على تسمية الركن المعنوى للعرف ركن الاعتقاد بلزوم العادة . وهذا الركن هو الذى يميز العادة التى تكون عرفا عن غيرها من العادات .

ومن الجدير بالذكر ان الاعتقاد بلزوم العادة يأتى بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس ثم يزداد رسوخه تدريجيا وتدرك الزامه غالبية الناس ، والعرف هو المصدر الشعبى الاصيل الذى يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أواستعصائها ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل الى جانب

التشريع مصدرا تكميليا خصبا لايقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء .

ولكن الى جوار مايحققه العرف من مزايا فان له عيوبه ومن ذلك انه لما كان العرف قواعد غير مكتوبة فانه يثير كثيرا من المشاكل ، اذ يصعب التحقق من مضمون القاعدة العرفية ، بل ومن قيام القاعدة فى حد ذاتها ، وفى أى وقت بدأت تستجمع اركانها وهذا كله لايضمن استقرار المعاملات .

كذلك فان العرف بتكوينه البطىء لايستطيع أن يدفع بالمجتمع الى التطور السريع ولايصلح لمعالجة المسائل التى تحتاج الى علاج عاجل ، فضلا عن انه لايسمح بادخال فكرة ينادى بها مصلح أو مجدد لأن العرف ينبع من واقع الجماعة ، وهذا يفوت على المجتمع فرص الاستفادة من تجارب الغير أو من الأفكار الجديدة .

واخيرا فان التكوين العرفى غالبا مايكون محليا يقتصر على منطقة من مناطق الدولة دون غيرها ، فيؤدى الى تعدد القواعد القانونية فى الوقت الذى يقتضى فيه التقدم توحيد النظام القانونى فى الدولة .

المطلب الثالث

مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة

اعتبر بعض المشرعين القانون الطبيعى وقواعد العدالة من المصادر الرسمية للقانون ومبادىء القانون الطبيعى هى المبادىء التى يكشفها العقل والتى تمثل الكمال والتى يهتدى بها المشرع عند وضعه للقانون ، اما العدالة فهى القواعد التفصيلية التى تهدف الى اعطاء كل ذى حق حقه .

ومن الواضح ان التعريفين السابقين لايتضمنان مفهوما محددا واضحا من شأنه أن يرد القاضى الى قواعد منضبطه محددة ولكنها دعوة الى القاضى الى

الاجتهاد عند عدم وجود قاعدة قانونية ليحكم فى الدعوى المطروحة امامه وفقا لمقتضيات العدالة ولما يرى انه الحق .

المطلب الرابع

الفقه

الفقه هو مجموعة آراء علماء القانون الذين يعرضون بها لشرح القانون وتفسيره ونقده سواء أكان ذلك فى مؤلفاتهم أوفتاويهم أوتعاليمهم .

وكان الفقه عند الرومان القدماء مصدرا رسميا ملزما للقانون يلتزم به احكام المحاكم ولكن يعتبر الفقه الآن مصدرا تفسيريا للقانون وليس مصدراً ملزما أورسميا له ، فقد اقتصر دور الفقه الآن على شرح احكام القوانين ورد القواعد التفصيلية الى اصولها واقامة النظريات العامة للقانون ، كما يتولى الفقه نقد قواعد التشريع واقتراح وضع القواعد القانونية التى تسد حاجة المجتمع وتتفق مع ظروفه وتكفل تطوره ، وكثيرا مايستجيب المشرع لما يقترحه رجال الفقه فى هذا الخصوص ، كما أنه فى كثير من الأحوال يستجيب القضاء لشروح وآراء الفقهاء .

المطلب الخامس

القضاء

والقضاء هو مجموعة الاحكام التى تصدرها المحاكم للفصل فيما يعرض عليها من قضايا .

ومن هذه القضايا مايكون محل النزاع فيه واقعة معينة لاخلاف فى حكم القانون فى شأنها ، فالاحكام التى تصدر فيها لاأهمية لها من ناحية القانون ، ومنها مايكون حكم القانون فيه محل خلاف ، فالاحكام التى تصدر فيه تفصل

فى هذا الخلاف القانونى وتوجد مبدأ قانونيا وهذا النوع الاخير من الأحكام هو المقصود بهذه الدراسة وتعتبر السوابق القضائية مصدراً للقانون فى بعض البلاد كانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية على حين تعد من المصادر التفسيرية فى البلاد الأخرى إذ لايقوم بانشاء القاعدة القانونية ولكنه يتولى شرحها وتفسيرها وتطبيقها فقط .

الفصل الرابع

الروابط القانونية

يمكن تعريف الرابطة القانونية الفردية بانها علاقة مادية أومعنوية تنشأ فى كنف القانون فيمنح المستفيد منها سلطة مباشرة كل الاعمال اللازمة لتحقيق المزايا التى تخولها هذه العلاقة ، ومن أمثلة ذلك رابطة الالتزام التى تربط المدين بالدائن فيحميها القانون بان يخول للدائن سلطة مطالبة المدين بالوفاء بدينه ، فاذا رفض ذلك جاز للدائن ان يستعين بالسلطات العامة لتمكنه من الحصول على حقوقه ، وكذلك تخول رابطة الملكية سلطة التمتع بالشىء موضوع الملكية يستأثر به دون منازع ، فلايجوز لكائن من كان أن ينتزع الشىء أو أن يستأثر على الرغم من مالكه بالانتفاع به والا أمكن المالك ان يحصل من المحاكم على حكم يمنع هذا التعرض لسلطته على ملكه .

ولا يتصور قيام الرابطة القانونية الا بوجود اشخاص يرتبطون بها ويكون لهم التمتع بما تكفله من حقوق وعليهم القيام بما يقابلها من التزامات .

ويمكن ان نميز فى هذا الصدد بين الشخص الطبيعى وهو الفرد من جهة ، وبين الشخص المعنوى من جهة اخرى وهو عبارة عن جماعة أومنشأة تسعى لتحقيق اغراض اجتماعية أواقتصادية ومزودة لهذا السبب بخصائص الشخصية القانونية التى تتلاءم وطريقة تنظيمها لتضمن لها تحقيق غايتها ، ففى الجماعات أوتلك المنشأت يندمج الأفراد الذين تتكون منهم فى كائن معنوى يصبح بفعل

هذا الاندماج ـ من الناحية القانونية ـ فى نفس مركز الشخص الطبيعى .

وحاصل ماتقدم ان الشخصية ليست وقفا على الانسان بل دفعت الضرورات الاجتماعية المعاصرة الحكومات الى منحها لغير الانسان من مجموعات الاشخاص أوالأموال كالجمعيات والمؤسسات ، وقد جرى الفقه على تسمية شخصية الانسان بالشخصية الطبيعية والشخصية التى تمنح لمجموعات الأشخاص ، أوالأموال بالشخصية الاعتبارية أوالمعنوية على اعتبار ان الشخصية تمنح فى الحالة الأولى لكائن طبيعى هو الانسان ، وانها هى الصورة العادية للشخصية ، وفى الحالة الثانية تسمى الشخصية المعنوية أى التى تمنح لكائن معنوى أواعتبارى من خلق القانون .

المبحث الأول : الشخص الطبيعى

يعتبر الانسان بمجرد وجوده شخصا له بوصفه هذا مكنة اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات عن طريق الارتباط بمختلف الروابط القانونية . والافكار الاجتماعية والسياسية الحديثة التى تقوم على تساوى الافراد فى القيمة بصرف النظر عن مقدار ثروتهم أونوع حرفتهم ، لاتسمح بان يميز بعض الافراد عن البعض الآخر فى منح الشخصية القانونية إذ أن التسليم لجميع الافراد فى جميع الدول بالحريات والحقوق العامة تفترض التسليم لهم بحد أدنى من الحقوق ، يجعل لهم جميعا ـ بلاتمييز ـ الشخصيّة القانونية .

ولكن الأمر لم يكن كذلك فى كل العصور ، إذ كان الرق قبل تحريمه معدما للشخصية وكذلك الموت المدنى الذى كان يلحق ببعض المحكوم عليهم وفقا لاحكام القانون الفرنسى فيسلبهم جانبا كبيرا من شخصيتهم ، فالموت المدنى كان يفقد المحكوم عليه ملكية سائر امواله ويحرمه من أى نوع من انواع التصرفات ، ويصبح غير أهل لأن يكون وصيا أوشاهدا أومتقاضيا كما يستحيل

عليه أن يعقد زواجا صحيحا .

ومن ذلك أن الشخصية كانت تختفى تماما بالموت المدنى مع بقاء الشخص حيا ، إلا أن هذه العقوبة قد الغيت بمقتضى قانون ٣١ مايو سنة ١٨٥٤ .

ويوجد فى العصر الحديث اشخاص محرومون من بعض حقوقهم لأسباب مختلفة ، وهم الذين يعبر عنهم بناقصى الأهلية ، وفى هذه الادلة ظاهرة على ان الشخصية الكاملة غير محدودة بمدى الحياة البشرية .

كذلك يلاحظ ان القوانين الحديثة لم تزل بعد كل أثر للتمييز بين الافراد فى شخصياتهم القانونية ، كنتيجة لاعتبار بعض العوامل السياسية أوالاجتماعية فما زالت الجنسية اساسا لاكتساب بعض الحقوق كالحقوق السياسية ، فهى حقوق - كما قلنا - للوطنيين وحدهم ، كما أن الجنس (الذكورة أوالانوثة) يؤثر بدوره على الشخصية القانونية فالمرأة فى القانون الاسلامى تختلف فى بعض الحقوق عن الرجل الذى يكون له فى الميراث مثل الاثنيين ، كما ان الرجل يملك حق الطلاق دونها .

ولكن يلاحظ أن أثر هذه العوامل على الشخصية القانونية ، لايمكن أن يصل الى حد عدمها ، وزوالها ، بل يقتصر على تحديد نطاقها وعلى تحديد مدى الحقوق التى تؤهل الشخصية لاكتسابها ، ولذلك فان هذا التحديد لايؤثر على الشخصية .

وللانسان اصلا القدرة على مباشرة السلطات التى تخولها له حقوقه ، وتنفيذ الواجبات التى تفرضها عليه التزاماته ، سواء بنفسه أو عن طريق من يقيمه القانون فى ذلك مقامه ، أى يفترض ان له ارادة ولكن قد لاتتوافر هذه الارادة للانسان فى واقع الأمر ، كما لو كان صغيرا أومجنونا ، وهنا يقيم القانون من يتولى نيابة عنه ممارسة الصلاحيات التى تخولها حقوقه واداء التزاماته .

من كل أولئك يبين ان نطاق الشخصية القانونية ليس واحدا لدى كل الافراد ، بل يختلف من فرد لآخر لما له من مركز خاص سياسى أو اجتماعى ،

يؤدى الى منحه بعض الحقوق أوحرمانه من بعضها وهو يقتضى منا دراسة عوامل هذا الاختلاف الذى يقوم على اختلاف (الحالة) السياسية أوالمدنية لكل فرد .

ولكن قبل التطرق الى دراسة (الحالة) ينبغى أن نعرض الى دراسة بدء الشخصية وانقضائها وتعيينها .

المطلب الأول

بدء الشخصية القانونية للشخص الطبيعى وانقضاؤها

اختلف أئمة المسلمين فى تحديد بدء الشخصية القانونية للانسان الطبيعى بالولادة فالراجح فى مذهب الامام ابى حنيفة انه يكفى لثبوت شخصية المولود بخروج اكثره حيا ولايشترط انفصاله تماما عن امه ، فلو مات بعد خروج اكثره ثبتت له الشخصية ، ولكن الراجح فى مذاهب الأئمة الثلاثة الشافعى ومالك وابن حنبل اشتراط تمام الولادة وانفصال المولود عن امه حيا ، وهذا ما أخذت به بعض قوانين البلاد العربية كمصر .

ولكن ليس معنى هذا أنه لايعترف للانسان قبل ولادته باى حقوق ، فمن الحقوق التى يعترف بها للجنين ، حقه فى ان يوقف له من تركه من يستحق منه الارث فيما لو ولد حيا أوفر النصيبين على أنه ذكر أوأنثى ، وحقه فى أن يتلقى الأعيان أومنافعها بالوصية .

ويتضح من منح الجنين هذه الحقوق ، ان له شخصية قانونية ، ولكنها شخصية محصورة فى حدود ضيقة ، ذلك انها مقصورة على كسب الحقوق التى لاتحتاج فى نشوئها الى قبول من جانب مكتسبها كالميراث اوالوصية أوالانتفاع باشتراط عقد الغير لمصلحته .

ومن هذا يبين انه يشترط لاكتساب الجنين هذه الشخصية القانونية المحدودة ان يولد الجنين بعد ذلك حيا ، ولايكون لهذه الشخصية من أثر الابالنسبة لعدد محدود من الحقوق كحقه فى الارث وفى ان يكون موصى له أو ان يكون منتفعا من

الاشتراط لمصلحته من الغير .

وتنتهى شخصية الانسان بوفاته اى بوقوع الموت الطبيعى المنهى للحياة ، تمييزا له عن الموت المدنى الذى كانت تنهى به الشخصية القانونية للانسان مع استمراره حيا وهو ماكانت تأخذ به بعض الانظمة القانونية القديمة فى العالم الغربى وخاصة فى فرنسا عندما كان الموت المدنى يوقع كعقوبة على بعض الجرائم .

وقد زالت هذه العقوبة نهائيا فى البلاد التى كانت تأخذ بها على نحو ماسبق أن أشرنا إليه .

هذا ومن الجدير بالذكر ايضا انه يمكن أن يتصور انتهاء الشخصية القانونية للانسان فى العصر الحديث دون أن يقوم اليقين بانتهاء حياته بالموت الطبيعى وذلك فيما اذا حكم باعتبار المفقود ميتا فقد يصدر هذا الحكم من القضاء قبل حدوث الموت الطبيعى فعلا .

المطلب الثانى

كيفية تعيين الشخصية

يتم تعيين الشخص بالاسم الذى يطلق عليه ويعرف به ، كما يتم تعيينه بالمكان الذى يقيم فيه عادة حيث يمكن ان يوجه اليه الخطاب فيه من الآخرين فيما يتصل بشؤونه القانونية وهو مايطلق عليه موطن الشخص .

واذا كان الاسم هو العامل الاساسى فى تمييز الشخص عن الآخرين فان الموطن يعتبر عاملا مساعدا وثانويا فى تحديد الشخص وتمييزه وقد يكون لشخص ما موطن اصلى يخاطب فيه فى كل شؤونه القانونية ، الى جوار موطن أو اكثر يتم اتخاذهم لبعض اعماله وبهذا يتضح الفرق بين الموطن الاصلى الذى يكون الموطن العام للشخص ، والموطن المختار لبعض اعماله القانونية .

المطلب الثالث

عناصر تحديد نطاق الشخصية القانونية

يتحدد نطاق الشخصية القانونية للانسان بعناصر تتعلق بحالته السياسية أو بجنسيته ، وبحالته المدنية وانتمائه لاسرة معينة ، وكذلك يتحدد نطاق شخصيته باهليته القانونية .

والجنسية هى انتماء الشخص الى دولة معينة إذ لكل دولة فى العصر الحديث جنسية تمنحها للافراد الذين يكونون شعبا وهى رابطة قانونية بين الشخص والدولة اساسها خضوعه لسيادتها وسيطرتها وارتباطه روحيا ومعنويا بالجماعة التى تعيش فى اقليم الدولة ، وهى لاتقوم على مجرد الاقامة فى اقليم الدولة بل تظل الجنسية للشخص ولو ترك اقليم الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته لفترة طويلة اوقصيرة .

وقد تمنح الجنسية بحق الدم لمن يولد لابويين من رعاياها وقد تمنح هذه الجنسية لكل من يولد على اقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية والديه ويسمى عندئذ اساس الجنسية حق الاقليم .

والاتجاه الغالب فى الدول المكتظة بالسكان والتى تعتبر مصدرة للسكان ان تأخذ بحق الدم اما البلاد قليلة السكان والتى تعتبر دولا مستوردة للسكان فانها تأخذ فى الغالب بحق الاقليم .

ولما كانت الجنسية تحدد الحالة السياسية للشخص فهى تؤثر على نطاق شخصيته أو أهليّة وجوبه ، ذلك ان التشريعات الحديثة بوجه عام مازالت تفرق بين حقوق الوطنى وحقوق الاجنبى ، كما كانت القوانين القديمة تحرم الاجانب من اغلب حقوق الوطنيين .

وغنى عن البيان ان الحقوق السياسية التى تمنح للافراد ليستطيعوا المشاركة فى اقامة النظام السياسى لجماعتهم ، مقصورة على الوطنيين ، فليس للاجانب حق للانتخاب والترشيح أوتولى الوظائف العامة أوالخدمة فى الجيش ، كما أن هذه

الحقوق قد تحرم على الوطنيين المتجنسين لمدة معينة .

وإلى جانب تحديد نطاق الشخصية القانونية للشخص بحالته السياسية أوجنسيته فان نطاق شخصيته يتحدد كذلك بحالته المدنية .

ويحدد الحالة المدنية للشخص وبالتالى يحدد اهلية وجوبه ، انتمائه الى اسرة معينة ومركزه فى اسرته وكذلك جنسه أى كونه ذكرا أو انثى ، كما يدخل فى تحديدها ايضا الدين الذى يعتنقه .

واخيرا تحدد الاهلية نطاق الشخصية القانونية .

وقد تعنى الاهلية « اهلية الوجوب » صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات ، كما قد تعنى الأهلية « أهلية الاداء » ، فمن المعروف ان ممارسة بعض السلطات التى تخولها الحقوق تقتضى توافر قدر معين من التمييز والادراك يشترطه القانون لهذه الممارسة أوالاستعمال للحقوق ، أى توافر الارادة القانونية ، وهذا ينقلنا الى دراسة اهلية الاداء .

فمن المعروف ان الانسان يمر منذ ولادته الى وفاته بمراحل ثلاث يحدد القانون بداية كل منها ونهايتها بسن معين ، ويجعل له فى كل منها اهلية اداء تختلف عن اهليته فى فترة اخرى ، هذه المراحل هى :

١ ـ من وقت الولادة إلى سن السابعة (التى تسمى سن التمييز) وهى مرحلة انعدام الاهلية .

٢ ـ من سن السابعة الى بلوغ الحلم أوبلوغ سن الرشد ، وهى مرحلة نقص الاهلية وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية .

٣ ـ من بلوغ سن الحلم أوبلوغ سن الرشد الى الوفاة وهى مرحلة كمال الاهلية .

وبلوغ الحلم أوسن الرشد مرحلة يفترض القانون عندها كمال الاهلية لدى الانسان وفيها يكون قادرا على أن يباشر كل انواع التصرفات القانونية من نافعة وضارة ومترددة بين النفع والضرر .

وكمال الأهلية ببلوغ السن يحصل بقوة القانون ولايحتاج الى قرار بذلك من

أى سلطة ولكن هذا لايعنى ان كل من يبلغ هذه المرحلة يتمتع فعلا بالاهلية الكاملة ، فقد يكون الشخص قد بلغ هذه السن مصابا بجنون أوعاهة فى العقل يترتب عليها حرمانه من أهلية الاداء وعوارض الاهلية هى بوجه عام الجنون والعته والسفه والغفلة .

ويلحق المجنون فى الحكم بالطفل غير المميز ، فاهلية الاداء عنده معدومة ويباشر عنه القيم فى نفس الحدود التى يباشر فيها الوصى اهلية الاداء عن الصبى غير المميز .

أما المعتوه فيلحق بالمجنون اذا كان فاقد التمييز ، ويأخذ حكم الصبى المميز اذا كان متوافرا على قسط من التمييز ، فيستطيع ان يباشر بنفسه اعمال الاغتناء النافعة نفعا محضا .

اما السفيه وهو المبذر فى امواله على خلاف مقتضى العقل فانه يستطيع ان يغتنى ولكن اعمال الادارة والتصرف يباشرها عنه قيم تعينه المحكمة ويخضع لرقابتها ، هذا مالم تأذنه المحكمة فى تسلم امواله لادارتها فتسرى عليه عند ئذ الاحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون .

ويلحق بالسفيه فى الحكم ذو الغفلة ـ وهو الذى يغبن فى المعاملات ـ فهو ايضا ناقص اهلية الاداء على النحو المتقدم .

المبحث الثاني : الأشخاص الاعتبارية والمعنوية

تقوم فى المجتمعات الحديثة حاجات عملية تدعو الى منح بعض مجموعات من الاشخاص أو من الأموال القدرة على أن يكون لها ، باعتبارها مجموعات مستقلة عن الأشخاص المكونين لها أو من يديرونها من الأفراد ، حقوق وان تكون عليها التزامات وهو مايقتضى منحها الشخصية القانونية .

ولكن منح القانون الشخصية لغير الشخص الطبيعى يجب ان يبقى دائما فى

حدود الضرورة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها .

وإذا كانت شخصية الانسان تبدأ بولادته وبلاشروط اخرى فى كل التشريعات الحديثة فان الأمر ليس كذلك بالنسبة للشخص الاعتبارى ، وانما تتردد التشريعات فى تحديد بداية الشخصية الاعتبارية بين طريقتين طريقة الاعتراف العام وطريقة الاعتراف الخاص .

ويكون الاعتراف عاما بالشخصية القانونية لمجموعات الاشخاص أو الاموال إذا كان القانون يقتصر على تحديد الشروط التى يجب أن تتوافر فى مجموعات الأموال أو الاشخاص لتكون الشخصية القانونية فاذا ما تكونت مستكملة هذه الشروط ، ثبتت لها الشخصية القانونية دون حاجة الى تدخل من سلطات الدولة لاصدار قرار خاص بمنح هذه الشخصية .

اما الاعتراف الخاص بالشخصية القانونية فيتحقق اذا كان من الضرورى فضلا عن استكمال الشروط التى يتطلبها القانون أن تتدخل الدولة ممثلة فى احدى سلطاتها لتصدر قرارا خاصا بمنح هذه الشخصية وتبدأ الشخصية فى هذه الحالة من تاريخ هذا القرار .

ويكون للشخص المعنوى اسم يعين به ، وموطن يعتبر مكانا لوجوده ويخاطب فيه بشأن أعماله القانونية ، كالشخص الطبيعى .

وتنتهى الشخصية الاعتبارية بحلها أو انقضائها ولكل نوع منها اسباب خاصة للانقضاء ، أو الزوال ، تحددها قوانين الدولة .

المطلب الأول

أنواع الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية

تبدو الاشخاص الاعتبارية أو المعنويّة فى مظهرها اكثر تعقيدا من الاشخاص الطبيعية فهى تختلف فيا بينها ولاتتميز اطلاقا ـ لافيا يتعلق بتنظيمها ولا فيا يختص بمنشئها ـ بتلك الوحدة التى تتميز بها الاشخاص الطبيعية ، ولكى

نستطيع أن نفهم بوضوح فكرة الشخصية المعنوية نعرض فيما يلى للاشارة الى تقسيم الاشخاص المعنوية الى نوعين وهما :

أولا : الاشخاص المعنوية العامة .

ثانيا : الاشخاص المعنوية الخاصة .

١ ـ الاشخاص المعنوية العامة :

هذه الاشخاص مصدر السلطة العامة وابرز أمثلتها الدولة ، ولهذه الاشخاص اموال خاصة مخصصة للمنفعة العامة ، وعلاوة على ذلك تتميز الدولة وغيرها من الاشخاص المعنوية الاقليمية باقليم قانونى محدد لها فيه اختصاص شامل بتنظيم المرافق العامة التى يفيد منها جميع سكان هذا الاقليم دون تمييز بينهم . وبهذه الخاصة تتميز الاشخاص الاقليمية العامة عن المنشآت العامة أوالمؤسسات العامة التى تشرف على خدمات معتبرة فنية ولاترتبط عادة باداء خدماتها فى جزء محدد من اقليم الدولة .

٢ ـ الاشخاص المعنوية الخاصة :

فى مواجهة الاشخاص المعنوية العامة توجد الاشخاص المعنوية الخاصة التى تتميز بظاهرة اساسية هى كونها غريبة عن فكرة الخدمة العامة أو المرفق العام . وهذا بالطبع لايمنعها من ان ترمى الى تحقيق منفعة عامة ، ولكنها تصدر بالرغم من ذلك عن رغبة فردية محضة ، ومن أمثلتها الشركات والجمعيات .

المطلب الثانى

تحديد نطاق الشخصية المعنوية أوالاعتبارية

على خلاف الشخصية الطبيعية فان اهلية وجوب الشخص الاعتبارى تنحصر فى حدود الغرض الذى انشىء من اجله فتكون له صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات المالية التى تعينه على تحقيق هذا الغرض وتكون له ذمة مالية فى حدود معينة واطار يحدد تحديدنا نطاق الشخصية الاعتبارية ويتصل بتحديد نطاق الشخصية المعنوية بحث اكتساب الشخص المعنوى للجنسية .

واثر طبيعته على حقوقه والاحكام الخاصة بذمته المالية[1] .

ويختلف الفقهاء حول التسليم بثبوت الجنسية للشخص الاعتبارى وينتهى فريق منهم الى رفض القول بوجود جنسية له ، ولكن البعض يرى مع ذلك ان الشخص الاعتبارى لابد ان تربطه بقانون دولة معينة رابطة تحدد خضوعه سياسيا لدولة معينة والتزامه بنظامها القانونى .

ومن الجدير بالذكر ان بعض مشرعى الدول العربية قد تبنى وجهة النظر الثانية فخلع على الشخصية الاعتبارية جنسية الدولة واضفى عليها مظلة حماية الدولة مع خضوعها لنظامه القانونى والسياسى .

وسنرى فيما بعد ان المشرع فى المملكة العربية السعودية وضع قواعد خاصة بتمتع الشركات بجنسية الدولة ، وحدد الحقوق التى تترتب على اكتساب الشركة لجنسية الدولة .

كذلك يتمتع الشخص الاعتبارى بذمة مالية مستقلة عن ذمم الاشخاص المكونين له والقائمين عليه ، وهذه الذمة المالية هى احدى الآثار التى تترتب على الاعتراف له بالشخصية القانونية .

المطلب الثالث

طبيعة وخصائص الشخصية الاعتبارية والمعنوية

ثار الجدل طويلا فى الفقه والقضاء حول طبيعة الشخصية المعنوية بصفة عامة ، فذهب البعض الى أن الشخصية الاعتبارية ليست الا مجازا قانونيا[2] ورأى آخرون ان الشخصية المعنوية حقيقة قانونية كما ذهب آخرون الى نفى فكرة الشخصية المعنوية بدعوى أن الشخص المعنوى ليس الا « ملكية

---

١ ـ انظر من سامى مدكور نظرية الحق المرجع السابق ص١٣٩ وانظر كذلك د . جميل الشرقاوى دروس فى أصول القانون سنة ١٩٧٢م ص٣٨٠ ومابعدها وانظر حسن كيره المرجع السابق ص٨٨٦ .

٢ ـ انظر من سامى مدكور المرجع السابق .

مشتركة » أو بأنه يمكن التوصل الى نتائج هذه الفكرة بالأخذ بنظرية الذمة المخصصة لغرض معين .

وقد اتجه الفقه فى القرن التاسع عشر بصفة عامة الى أن الشخصية المعنوية أوالاعتبارية منحة أو هبة تقدمها الدولة فى احوال محددة فهى ليست شخصية حقيقية بل هى افتراض من القانون لأن الاشخاص الطبيعيين هم وحدهم الذين لهم الشخصية القانونية فالشخص الطبيعى هو الذى تكون له (الارادة) حتى تكون له اهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ولان الحق عند انصار هذه النظرية قوة أوسلطة ارادية يمنحها القانون الى ارادة مدركة ولاارادة لغير الانسان .

وينبنى على هذه النظرية النتائج الآتية :

١ ـ ان القانون وحده هو الذى يمنح الشخصية المعنوية لأنها من صنعه وله ان يسحب هذه الشخصية كما ان له حق رفض منحها ، ويكون للمشرع سلطة مطلقة على الاشخاص المعنوية هى نوع من حق منح الحياة أوتقرير الفناء .

٢ ـ ان الشخصية المعنوية لاتتجاوز حدود البلد الذى أنشئت فيه .

٣ ـ انه مادام الشخص المعنوى إفتراضاً فان مسئوليته الجنائية تنتفى لان هذه المسئولية ـ فيما عدا المخالفات ـ تتطلب قصدا جنائيّاً يفترض وجود ارادة يكون محلا لها لاارادة مجازية كارادة الشخص المعنوى ، كما تنتفى ـ وفقا لهذه النظرية ـ مسئولية الشخص المعنوى المدنية لانها تستلزم عنصرا شخصيا اراديا .

وقد افتقدت هذه النظرية على اساس ان الشخصية القانونية لدى الشخص الطبيعى لاتستند دائما الى الادراك والتميز ، فعديم الاهلية والتمييز شخص قانونى وانما تستند الشخصية القانونية الى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، كما انه لايمكن القول ان الدولة ـ وهى شخص معنوى ـ مجرد افتراض قانونى اذ لايتفق ذلك مع فكرة السيادة ولايمكن ان نتصور ان تمنح الدولة نفسها الشخصية الاعتبارية قبل ان تكتمل عناصرها .

لذلك هجر الفقه منذ اواخر القرن التاسع عشر نظرية الافتراض القانونى ورأى الشخصية المعنوية حقيقة قانونية مجردة ، ولكن انصار هذه النظريات اختلفوا فى تحليلهم الموضوعى لطبيعة الشخصية المعنوية فمنهم من رأى ان العنصر المكون للشخصية المعنوية هو الارادة الجماعية ومنهم من نظر الى الشخصية المعنوية على انها « حقيقة اجتماعية » ومنهم من ذهب إلى أن العنصر الاساسى فى حقيقة الشخصية المعنوية هو « المصلحة المشتركة » التى يحميها القانون وعلى هذا الاساس اعتبرت الشخصية المعنوية عند هؤلاء حقيقة فنية محضة . . .

كذلك اتجهت بعض النظريات الى الاصرار على اعتبار الانسان وحده محلا للحقوق وانه لاحاجة الى الالتجاء الى فكرة الشخصية المعنوية ، فرأى بعض انصار هذا الاتجاه مثل بلانيول انه يمكن الاستغناء عن فكرة الشخصية المعنوية بفكرة « الملكية الجماعية أوالمشتركة » ورأى أخرون انه ليس من الضرورى لوجود الحقوق من وجود اصحاب لها اذ يصح ان يكون هناك مال بغير مالك يخصص لغرض معين فيقوم هذا التخصيص مقام المالك ويكون « ذمة مالية مخصصة ». وأخيرا يتجه جانب من الفقه الحديث الى اعتبار الشخصية المعنوية مجرد اجراء قانونى أو وسيلة لخدمة غرض معين .

ومن استعراض هذه النظريات يلاحظ ان نظرية الافتراض القانونى ، انما تلائم العصور التى يشتد فيها ساعد السلطة العامة وقد سادت هذه النظرية فى عهد الملكية المطلقة فى فرنسا ومن قبل فى عهد الامبراطورية الرومانية ، اما نظريات الحقيقة الاجتماعية فهى وليدة مذاهب الحريات الشخصية التى هدفت الى سلب السلطة العامة كل سيطرة على انشاء الاشخاص المعنوية ورقابتها ولذلك راجت هذه النظريات ابتداء من النصف الاخير من القرن التاسع عشر واصبحت الشخصية المعنوية لاتمنح وانما تنشأ ويعترف بها القانون للجماعات التى تتكون باتباع بعض الاجراءات المحددة سلفا ، اما نظرية الملكية المشتركة فقد ظهرت نتيجة للمذاهب الاشتراكية فى القانون كرد فعل مضاد للمذاهب

الفردية ويقصد اعلاء شأن المصالح المشتركة دون اضعاف السلطة العامة الذى تؤدى اليه نظريات الحقيقة ودون تخويل السلطة العامة السيطرة التامة على تلك المصالح المشتركة وهو ماتؤدى اليه نظرية الافتراض القانونى على نحو ماذكرنا .

على أية حال فهناك تطور واتجاه فى الفكر القانونى للاشخاص المعنوية يميل الى ابراز ذاتيتها واختلافها عن الاشخاص الطبيعيين اذ لايمكن ان يكون للاشخاص المعنوية خصائص الاشخاص الطبيعيين وانه اذ كانت الاشخاص المعنوية حقيقة فان حقيقتها ليست بنفس طبيعة الاشخاص الطبيعيين وهم الافراد .

ويرى بعض كتاب هذا الاتجاه الجديد ان هذا التطور يفسر باجتماع العناصر الصحيحة التى تتضمنها النظريتان المتعارضتان فى طبيعة الشخصية المعنوية وهما نظرية الافتراض القانونى ، نظرية الحقيقة الفنية .

والواقع ان النظرية السائدة فى الفقه حتى الآن هى نظرية الحقيقة المؤسسه على أن حقيقة الشخص المعنوى فى وجود (المصلحة المشتركة) التى تستلزم شرعيتها الحماية القانونية ، وتتميز الشخصية المعنوية او الاعتبارية عن الشخصية الطبيعية بخصائص نلخصها فيما يلى :

الخاصة الاولى : المصلحة المشتركة .

أن أهم ما يميز الشخصية المعنوية عن الشخصية الطبيعية ويستدعى فى نفس الوقت الاعتراف بالأولى كفكرة علمية وكضرورة عملية ، ليس شيئا آخر سوى وجود مصالح مشتركة فى المجتمع لا سبيل الى نكرانها .

الخاصة الثانية : تنظيم جهود الجماعة لتحقيق غرض معين :

بيّنا أن الشخصية المعنوية تستند الى مصلحة مشتركة معنوية أو مادية لا طاقة للأفراد منعزلين بتحمل عبئها ، وهو ما يستدعى اجتماعهم للتكاتف على تحقيق الغرض المنشود ، وذلك يستتبع حتما استحالة قيام شخص معنوى الا على أساس نظام مفصل تتمثل فيه قدرته على العمل .

فالتنظيم القانونى هو - بالنسبة للشخص المعنوى - بمثابة الجسم واعضائه من الانسان فالقانون يرفض أن يعترف للجماعات غير المنظمة بالشخصية القانونية ، ويعتبرها فى حكم المعدومة ، لا لشىء سوى انه ليس لها من الحياة الا مظاهرها لنقص الاعضاء اللازمة للحياة ، فهو لذلك لا يعترف بقدرة هذه الجماعات على مباشرة التصرفات القانونية .

الخاصة الثالثة : الشعور بالمصلحة المشتركة وبالغرض المنشود .

ليست الأشخاص المعنوية الا مظاهر أو مجرد آلات تحركها ارادة بشرية فهى مزودة بحياة داخلية شأنها فى ذلك شأن الاشخاص الطبيعية ، ويرجع الشراح هذه الحياة الداخلية الى (ارادة مشتركة) أى ارادة معتبرة من الناحية الاجتماعية كإرادة الجماعة .

أما نحن فنعبر عنها بالشعور بالمصلحة المشتركة وبالغرض المنشود ، فمن الواضح انه لا يمكن تصور الشخصية المعنوية الا اذا كان لدى اعضائها أو هيئاتها فكرة جلية عن سبب وجود الجماعة أو المؤسسة .

والواقع أنه بمجرد وجود الشخص المعنوى يتمتع عادة بمثل اهلية الشخص الطبيعى فله اهلية اكتساب كل الحقوق الا تلك التى تتنافى مع طبيعته (كحق الميراث الشرعى المبنى على صلة للقرابة) أو التى يحرم القانون عليه اكتسابها .

ونظرا لما للاشخاص الاعتبارية من أثر ظاهر فى توجيه نشاط الدولة حرص المشرع على أن يمكن للسلطات من رقابتها ، وجعل للقضاء اتخاذ ما يلزم من قرارات فى هذا الشأن .

- واذا كان تحليل الشخصية المعنوية قد أسفر على الوجه المتقدم عن استخلاص عدد معين من العناصر المكونة للشخصية المعنوية فهو لا يؤدى الى وحدة النظر القانونى للشخصية المعنوية ، إذ أنه لا توجد شخصية معنوية موحدة وانما اشخاص معنوية فليس هناك نموذج أو قالب موحد للشخص المعنوى ، واذا كانت الشخصية المعنوية تتولد من امتزاج عناصر مختلفة على ما بيّنا ، فان هذا المزيج يمكن أن يتشكل فى أشكال مختلفة ، ومن ذلك ان عنصر (سلطة الدولة

فى الاعتراف بالشخصية المعنوية) يمكن ان يختلف فى الجمعيات عنه فى الشركات مما يدل على نسبية فكرة الشخصية المعنوية فأهمية بعض العناصر تقل أو تزداد بحسب القالب أو النموذج الذى يتشكل فيه الشخص المعنوى ، والاهمية التى تكون لعنصر دون آخر تجعل لشخص معنوى بذاته صفات خاصة .

المبحث الثالث : محل الروابط القانونية

يعتبر التمييز بين الحق العينى والحق الشخصى من أهم النظريات الأساسية التى يستند اليها علم القانون ، لذلك كان حتما علينا أن نتعرض لهذه النظرية بالدرس والتمحيص .

ودراسة نظرية الحق تقتضينا التعرض لبحث الموضوعات الآتية :

أولا : ما هى المميزات الأساسية لكل من الحق العينى والحق الشخصى ؟ وبتحديد هذه المميزات يمكننا ان نضع تعريفا يضم الخصائص الرئيسية للحقوق العينية .

ثانيا : ما هى الحقوق العينية ؟ وبتعداد هذه الحقوق نتطرق الى التفرقة بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينيّة التبعية .

المطلب الأول

الحقوق العينية والحقوق الشخصية فى كل من الفقه الاسلامى والفقه الغربى

الحق ، فى الفقه الغربى الذى يرتد فى مصدره الى القانون الرومانى اما

شخصى أو عينى فالحق الشخصى أوالالتزام هو رابطة بين شخصين احدهما دائن والآخر مدين ، بمقتضاها يطالب الدائن المدين باعطاء شيء ، أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل . والحق العينى هو سلطة يمنحها القانون لشخص على شيء معين بالذات .

والحق الشخصى أو الالتزام تعبير وارد من الفقه الغربى ، فالفقه الاسلامى لا يرد فيه عادة هذا الاصطلاح ويرجع ذلك الى أن الحق الشخصى أو الالتزام يشتمل فى الفقه الاسلامى على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض ، ولم يحاول علماء الفقه الاسلامى أن يدمجوا هذه الروابط فى وحدة تنتظمها جميعا فيعبروا عنها بالحق الشخصى أو الالتزام كاصلاح عام يشملها جميعا .

ويستعمل فقهاء الشرع الاسلامى فى بعض الحالات لفظ (الحق) ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية ، فيقولون حق الله وحق العبد ، ويستعملون لفظ (الحقوق) ويريدون به فى حالات معينة حقوق الإرتفاق ، وفى حالات اخرى ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذى يعتبر حكم العقد ، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع ، وحقوقه تسليم العين المبيعة وسداد الثمن .

واذا اردنا ان نضع اصطلاحا فقهيا يقابل الالتزام بالمعنى المعروف فى الفقه الغربى وجب أن نستعمل اصطلاحى (الالتزام) و (الضمان) ومع ذلك لا نكون قد احطنا بجميع الالتزامات التى تنشأ عن المصادر المختلفة ، لذلك فسنستعمل اصطلاح (الالتزام) بمعناه المعروف فى الفقه الغربى وذلك دون أن نخل بالمفاهيم الموضوعية التى حرص عليها الفقهاء المسلمون[1] .

---

(١) انظر محاضرات الاستاذ الشيخ على الخفيف لقسم الدكتوراه بكلية الحقوق سنة ١٩٤٥ م عن « الحق والذمة وتأثير الموت فيها » ، وأنظر كذلك الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى « مصادر الحق فى الفقه الاسلامى » الجزء الأول ١٩٥٤ م ص ١٤ وما بعدها وأيضا مصطفى الزرقا فى « الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد » دمشق عام ١٩٤٥ م ص ٦٠ وما بعدها . وكذلك د . شفيق شحاته « نظرية الالتزامات فى الشريعة الاسلامية » ص ١٩٧ وما بعدها .

ويشتمل الالتزام على عدة روابط تتميز عن بعضها فى الفقه الاسلامى . ويمكن تقسيم هذه الروابط الى اربعة هى :

(١) الالتزام بالدين .

(٢) الالتزام بالعين .

(٣) الالتزام بالعمل .

(٤) الالتزام بالتوثيق .

ـ والالتزام بالدين ، هو التزام موضوعه مبلغ من النقود أو كمية من الاشياء المثلية وقد عرف صاحب (مرشد الحيران) الدين بأنه ما وجب فى ذمة المديون بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب (م ١٦٨) .

والواقع ان مصادر الدين تتجاوز ما ذكره (مرشد الحيران) . فهى العقد ، والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب من الشرع .

أما الالتزام بالعين فهو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، كتمليك عقار معين أو منفعته أو تسليم أو حفظ منقول معين .

والالتزام بالعمل هو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع أو اداء خدمة معينة .

أما الالتزام بالتوثيق فموضوعه كفالة التزام ، مصدره عقد الكفالة . وقد يكون الالتزام المكفول به التزاما بالدين أو التزاما بالعين ويدخل فى ذلك الالتزام بالتسليم وعلى هذا يكون الالتزام بالتوثيق التزاما تبعيا لالتزام بدين او بعين أو التزاما أصليا فى الكفالة بالنفس . والتمييز البارز فى الفقه الاسلامى هو التمييز بين الدين والعين ويقوم هذا التمييز على اساس الذمة ، فالدين يتعلق بذمة المدين ، أما العين فلا تتعلق بالذمة ، بل يكون الحق عينيا كان أو شخصيا ، متعلقا بالعين ذاتها .

والذمة فى الفقه الاسلامى وصف شرعى يفترض الشارع وجوده فى الانسان ، ويصير به أهلا للالزام وللالتزام ،أى صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . والتزامات وهذه الصلاحية التى ترتبت على ثبوت الذمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب ، اذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الانسان للحقوق والواجبات المشروعة[1] .

وتبدأ الذمة ببدء حياة الانسان وهو جنين ، فتكون له ذمة قاصرة ، اذ يجوز أن يرث وان يوصى له وأن يوقف عليه . ثم يولد حيا فتتكامل ذمته شيئا فشيئا ، فى المعاملات والعبادات والحدود ، حتى تصير كاملة . وتبقى ذمة الانسان ما بقى حياً ، وتنتهى بموته . وانتهاء الذمة بالموت تختلف فيه المذاهب الاسلامية ، فالمالكية وبعض الحنابلة يذهبون الى أن الذمة تتلاشى بالموت فان ترك الميت مالا تعلقت ديونه به ، والا سقطت .

والشافعية والحنابلة الآخرون يذهبون الى أن الذمة تبقى بعد الموت الى أن يتم الوفاء بالديون أما الحنفية فيذهب أغلبهم الى ان الذمة لا تتلاشى ولا تبقى بعد الوفاة ولكنها تخرب ، ويقويها أن يترك الميت مالا أو كفيلا بدينه والا سقط الدين ، وتبقى التركة المستغرقة على حكم ملك الميت . أما التركة غير المستغرقة فقد اختلف الحنفية فيها على اقوال ثلاثة أولها أن تبقى التركة غير المستغرقة كالتركة المستغرقة على حكم ملك االميت ، وثانيها أنها تنتقل الى ملك الورثة ، وثالثها أنها تبقى على حكم الميت بقدر الدين وتنتقل الى ملك الورثة فيما زاد عن ذلك[2] .

---

(١) انظر الاستاذ الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ٨٢ وما بعدها .

(٢) انظر الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة احكام التركات والمواريث سنة ١٩٤٩ ص ١٧ وما بعدها .

المطلب الثاني

تعداد الحقوق العينية فى الفقه الاسلامى والفقه الغربى

يمكن فى الفقه الاسلامى ، كما فى الفقه الغربى أن نقسم الحقوق العينية الى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية وتذكر دائما جميع الحقوق العينية على سبيل الحصر ، اذ هى حقوق محددة . وليس للافراد انشاء حقوق جديدة [1] .

اولا : الحقوق العينية الاصلية :

١ ـ حق الملكية او حق الملك :

اول الحقوق العينية الاصلية حق الملك ، وجميع الحقوق الاصلية الأخرى متفرعة عنه وهو الحق العينى الكامل ، وقد ينفصل عنه بعض عناصره ، فتتفرع عنه حقوق عينية اخرى تعتبر بالنسبة الى حق الملك بمثابة الجزء من الكل .

فالملك التام هو ملك الرقبة ومنفعتها معا . وقد ورد فى المادة (١١) من مرشد الحيران بشأن حق الملك ما يأتى :

(الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة) .

ومن هذا التعريف يبين أن عناصر حق الملك فى الفقه الاسلامى ، كما هى فى الفقه الغربى ، ثلاثة :

(١) الانتفاع بالعين المملوكة (أو الاستعمال) .

---

(١) انظر الاستاذ الدكتور السنهورى المرجع السابق ص ٢٦ وما بعدها وانظر كذلك الشيخ محمد أبو زهرة الملكية نظرية العقد ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) الانتفاع بالغلة والثمار والنتاج وهذا هو الاستغلال .
(٣) التصرف فى العين .

وحق الملك حق مقيد بعدم الاضرار بالجار ، وقد ورد فى المادة (٥٧) من مرشد الحيران أن « للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فيعلى حائطه ، ويبنى ما يريده ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا » . الضرر الفاحش ما عرفته المادة (٥٩) من المرجع المذكور بانه « ما يكون سببا لوهن البناء . أو هدمه أو يمنع الحوائج الاصلية أى المنافع المقصودة من البناء وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر فاحش » . واذا تحقق وجود الضرر الفاحش وجبت ازالته ، اذ نصت المادة (٦٠) من مرشد الحيران على أن « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما او حديثا » .

والملكية قد تكون مفرزة وهذا هو الوضع الطبيعى ولكنها قد تكون شائعة ويعرف الفقة الاسلامى الملكية فى صورتها الشائعة على نحو ما هو معروف فى الفقة الاسلامى الملكية فى صورتها الشائعة فى المادة (١٢) منه التى نصت على انه : « اذا كانت العين مشتركة بين اثنين او اكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته ، والتصرف فيها تصرفا لا يضر الشريك وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير اذن الشريك »

٢ ـ حق المنفعة :

وقد ينفصل حق المنفعة عن حق الرقبة فيكون لشخص ما حق المنفعة ويكون للثانى حق الرقبة .

وقد عرضت المادة (١٣) من مرشد الحيران الى حق المنفعة فنصت على ان « الانتفاع الجائز هو حق المنتفع فى استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وان لم تكن رقبتها مملوكة » . فحق المنفعة ينطوى على عنصرين من عناصر الملكية الثلاثة : الاستعمال والاستغلال . وقد يقتصر على الاستعمال

فتسمى المنفعة بحق الاستعمال . وقد يقتصر الاستعمال على السكنى فيسمى ذلك بحق السكنى .

ويبقى للمالك بعد نزع حق المنفعة من الملك العام لشخص آخر حق الرقبة .

٣ ـ حق الرقبة :

ومالك الرقبة لا يجوز له أن ينتفع بالعين ولا أن يتصرف فى منفعتها اذ المنفعة فى ملك غيره كما تقدم . وكذلك لا يجوز له أن يتصرف فى الرقبة ذاتها الا باذن صاحب المنفعة ، وعليه أن يسلمَ العين لصاحب المنفعة ليستوفى حقه من منافعها . ولكن اذا انتهى حق المنفعة فان مالك الرقبة يعود له الملك التام على العين ، ومن بين الاسباب التى ينتهى بها حق المنفعة وفاة المنتفع لان حق المنفعة لا يورث .

٤ ـ حقوق الارتفاق أو الحقوق المجردة :

يطلق الفقهاء المسلمون على حقوق الارتفاق الحقوق المجردة وقد أوردت المادة (٣٧) من مرشد الحير ان تعريفا لحق الارتفاق فنصت على أنه « حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » . ومن حقوق الارتفاق حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور وحق التعلى وحق الجوار .

وحقّ الشرب : هوالإنتفاع بالماء سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع وحق المجرى هو حق مرور مسقى فى أرض الجار لتصل الى أرضه . وحق المسيل هو مرور مصرف فى أرض الجار لصرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح وحق المرور هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق خاص فى ملك غيره وحقّ التعلىّ هو حقّ الإنسان فى أن يعلو بناؤه بناء غيره ، ويتحقق ذلك فى دار لها سفل لمالك وعلو لمالك آخر . وحق الجوار هو الا يضر الجار بجاره ضررا فاحشا .[1]

---

(١) انظر الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة « الملكية ونظرية العقد » ص ٤٥ وما بعدها . وانظر الاستاذ الشيخ على الحفيف » احكام المعاملات الشرعية عام ١٩٥٣ م ص ٤٨ وما بعدها .

وقد رأى الحنفية أن هذه هى كل حقوق الارتفاق ، وأنه لا يجوز انشاء حقوق ارتفاق أخرى خلاف ما ذكر ، وذلك على خلاف ما تراه بعض المذاهب الاسلامية الاخرى كالمالكية الذين يجدون انشاء حقوق ارتفاق أخرى خلاف الحقوق السابقة كحقوق الارتفاق السلبية وغنى عن البيان أن حقوق الارتفاق ليست الا اجزاء من حق الملك .

ثانيا : الحقوق العينية التبعية :

لما كانت الحقوق العينية الاصلية سلطة الشخص على عين بالذات فان لصاحب الحق أن يتتبع حقه أيا كانت اليد التى انتقلت اليها العين وهذا مقرر فى الفقة الاسلامى والفقة الغربى ، بل ان حق التتبع هذا فى الفقة الاسلامى أقوى منه فى الفقة الغربى ففى الفقه الاسلامى لا يملك مالك الرقبة بيعها الا باذن صاحب حق المنفعة ، أما فى القوانين الغربية فيملك صاحب الرقبة بيعها دون اذن المنتفع ، ولكن يبقى مع ذلك حق المنتفع نافذا فى حق المشترى .

ويعرف الفقه الاسلامى من الحقوق العينية التى تترتب على الاعيان ضمانا للديون حقّين هما حقّ الرهّن وحقّ الحبس . أما حق الاختصاص وحق الرهن الرسمى فلم يعرفها الفقه الاسلامى وهما ليسا الا نتيجة لتطور الحقوق العينية التبعية فى العصر الحديث .

١ ـ حق الرهن :

يقع حق الرهن وفقا للفقة الاسلامى على العقار وعلى المنقول ، وينشأ من عقد الرهن . وعقد الرهن عقد به يحبس الدائن ما لا للمدين ضمانا للدين فيستوفى منه حقه اذا لم يقم المدين بالسداد فى الموعد المقرر ولذا فهو حق تبعى لانه ضمان للدين ، وهو حق عينى لانه يتعلق مباشرة بالعين المرهونة . للدائن المرتهن فى الفقه الاسلامى ، كما فى الفقه الغربى ، حق التتبع وحق التقدم . وحق الرهن المعروف فى الفقه الاسلامى يقابل الرهن الحيازى فى الفقه الغربى .

٢ ـ حق الحبس :

وهو أيضا حق عينى تبعى وفقا للفقه الاسلامى ، وقد ينشأ حق الحبس من

العقد . فللبائع أن يحتج بحقه فى حبس المبيع لعدم دفع الثمن فى مواجهة جميع الدائنين . وللأجير المشترك الذى لعمله أثر فى العين أن يحبس العين حتى تؤدى اليه الاجرة . وكما ينشأ حق الحبس عن العقد ينشأ كذلك بحكم الشرع ومن ذلك أن للغاصب فى أحوال معينة وبشروط خاصة حبس المغصوب الذى زاد فيه زيادة متصلة من ماله حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة فى المال المغصوب .

ويقابل حق الحبس فى الفقة الغربى حق الحبس وحق الامتياز .

٣ ـ حق الغرماء[١] :

يعرف الفقة الاسلامى حقا عينيا تبعيا لا يعرفه الفقه الغربى هو حق الغرماء ، وهذا الحق العينى التبعى حق من طبيعة خاصة اذ أنه يبدأ حقا شخصيا ثم ينتهى الى حق عينى .

وينشأ هذا الحق فى حالات الحجر ومرض الموت فاذا حجر على مدين أو مرض المدين مرض الموت أو مات وكان له مال تعلقت ديونه بهذا المال وانقلبت الديون من حقوق شخصية الى حقوق عينية ويصبح للدائنين حق الغرماء على مال المحجور عليه او مال مريض مرض الموت أو مال الميت وهذا الحق شبيه بحق الرهن ويخلع هذا الحق على الدائنين وحقّ التتبع وحق الافضلية .

٤ ـ حق الرهن الرسمى :

لا يعرف الفقة الاسلامى هذا الحق ، وهو معروف فى الفقه الغربى فى كثير من بلاد العالم ، وهو فى الواقع ليس الا تطورا لرهن الحيازة كان من الضرورى ان يصل اليه الفقة الاسلامى لو اتيح له فرصة التطور ، والرهن الرسمى يحقق ضمانات الرهن الحيازى ويختلف عنه فى انه لا ينطوى على حيازة الدائن للعين المرهونة .

ولا يعد الرهن الرسمى مخالفا لمبادىء الشريعة الاسلامية .

٥ ـ حق الاختصاص :

هو حق عينى تبعى غير معروف فى الفقة الاسلامى ومعروف فى الفقه الغربى وفى كثير من بلاد العالم وينطوى بوجه عام على تخصيص القضاء لمال معين لسداد دين معين ، وتميل التشريعات الحديثة الان الى عدم الاخذ بهذاالحق .

---

(١) انظر الدكتور عبد الرزاق السنهورى المرجع السابق ص ٣٣ وما بعدها .



الباب الثاني

النظرية العامة للعقد

يساهم الانسان فى احداث وقائع معينة ، يرتب القانون آثارا عليها . وتكون هذه الوقائع اما مادية او تصرفات قانونية .

فالاعمال المادية : هى اعمال يباشرها الشخص فتتخذ شكلا ماديا فى مباشرتها على ان القانون يرتب عليها آثارا وذلك دون أن يعبأ اذا ما كانت ارادة من قام بالعمل قد اتجهت الى احداث هذه الأثار ان لم تتجه الى ذلك .

١ ـ والاعمال المادية نوعان : الفعل الضار (العمل غير المشروع) ويترتب عليه الزام المخطىء بتعويض الضرر الذى تسبّب فيه . والفعل النافع وهو الفعل الذى يثرى به شخص على حساب آخر فيترتب عليه الزام المثرى فى حدود ما اثرى به المفتقر عما لحقه من خسارة .

٢ ـ اما التصرف القانونى فهو تعبير عن ارادة او اكثر يحقق آثارا قانونية لان صاحب الارادة قد اراد ذلك . والمثال الحى على التصرّفات القانونية هو العقود التى يسهم فى تكوينها اكثر من ارادة واحدة كالبيع او الايجار والتصرفات الصادرة بارادة واحدة كالوصية .

ويمكن تسمية الاحداث الطبيعية ، والاعمال المادية التى من صنع الانسان ، بالوقائع القانونية اذا رتب القانون عليها آثارا .

وعلى ضوء ما تقدم يكون الفعل غير المشروع والاثراء بلاسبب أو الفعل النافع ، والاحداث الطبيعية التى يرتب عليها القانون أثرا ، وقائع قانونية . بينما يعتبر العقد والارادة المنفردة تصرفات قانونية .

وتسمى الطائفة الاولى بالمصادر غير الارادية وهى التـى تضـم الوقائـع القانونية المادية او الطبيعية .

ويطلق على الطائفة الثانية اسم المصادر الارادية وهى التى تشمل العقد والارادة المنفردة .

وتتفق مصادر الحقوق فى الفقة الاسلامى مع مصادر الحقوق فى الفقة الغربى فى أن هناك مصدرين اثنين : التصرف القانونـى والواقعـة القانونيـة الماديـة والتصرف القانونى يشمل العقد والارادة المنفردة . وتنطبق قواعد العقـد على الارادة المنفردة ، الا ما تقتضيه طبيعة الارادة المنفردة من انهـا اراده واحـدة لا ارادتان متطابقتـان . فنقصر بحثنـا اذن على العقـد وبخاصـة ان الفقـه الاسلامى لا يعلق الاهمية التى يعلقها الفقه الغربى على التمييز ما بين العقد والارادة المنفردة .

والمصادر غير الارادية التى سنغفل بحثهـا هى العمـل غـير المشروع ، والاثراء على حساب الغير ، وكل منها من عمل الانسان ويترتب عليها انشاء الالتزام

فالعمل غير المشروع يترتب عليه الزام المخطىء بتعويض ما نتـج عن خطئه من ضرر . فيصير المضرور دائنـا بالتعـويض . وهـذه هى المسئوليـة التقصيرية التى تتوافر اركانها بالخطأ والضرر وعلاقة السببية .

اما الاثراء بلا سبب فيفترض قيام شخص بعمل يترتب عليه إفقاره ، واثراء شخص آخر بغير سبب قانونى . وعندئذ ينشأ للمفتقر حق فى ذمة المثرى . اذ يلتزم الأخير فى حدود ما اثرى به بتعويض المفتقر عما لحقه من خسارة . وصورة ذلك مثلا ، ان ينفق شخص مصروفات لتحسين ارض مملوكة للغير ولكنها فى حيازته . فالمالك هنا ملزم ، حينما يطالب باسترداد الارض بتعويض الحائز عما انفق ، فى حدود الزائد فى قيمة الارض بسبب التحسينات التى تمت .

الى جانب العمل الغير مشروع والاثراء بلا سبب ، هناك احداث طبيعية تعتبر وقائع قانونية لان القانون يرتب عليها بعض التزامات . من ذلك مثلا واقعة

القرابة ، التى يترتب عليها بالشروط المنصوص عليها فى القانـون ، الالتـزام بالنفقة .

هذا عرض مجمل للمصادر غير الارادية للالتزام ، وهى لن تكون موضعا لدراسة مفصلة فى هذا المؤلف .

الفصل الأول
في نطاق العقد وتقسيماته

نعالج فى هذا الفصل مسألتين : الاولى هى نطـاق العقـد ، والثانيـة هى تقسيات العقود .

ففى نطاق العقد نبدأ فى مبحث أول بتعريفه وتحديد عناصره . ثم نقصر مجاله على الاتفاقات التى تبرم فى اطار المعاملات المالية ، وفى دائرة القانون الخاص فقط . واخيرا نشير الى القيود الواردة على حرية الارادة وفقا للاتجاهات الحديثة فى العقد .

وفى مبحث ثان نعالج تقسيات العقود بالنظر اليها من نواح متعددة . وعندئذ تتكشف لنا أنواع مختلفة من العقود .

المبحث الأول : في نطاق العقد

١ ـ تعريف العقد :

يمكن تعريف العقد بأنه تلاقى ارادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الاثار هى انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه . واظهر تعريف أورده الفقهاء المسلمون هو ما اشار اليه صاحب مرشد الحيران فقد عرفته المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران بقولها ان « العقد عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » .

ولم يضع الفقهاء المسلمون نظرية عامة للعقد ، بل تناولوا العقود المسماة عقدا ، وبحثوا فى أركان كل عقد وفى أحكامه على حدّة فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح . ويمكن استظهار القواعد المشتركة من بين ما بحثه هؤلاء الفقهاء من العقود وهذا ما فعله فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرون فى مؤلفاتهم الحديثة ، وسنتابع هذه الخطة فى دراستنا لافكارهم على نحو ييسر المقارنة بين الفقه الغربى والفقة الاسلامى .

واذا كان العقد تلاقى اإرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية فانه يبين من ذلك أن كل عقد يستند الى عنصرين أولهما تلاقى الارادتين وثانيهما ان يهدف طرفا العقد الى ترتيب آثار قانونية وسنعرض فيما يلى تباعا لكل من هذين العنصرين :

اولا : تلاقى الارادتين :

أما عن تلاقى الارادتين فهو جوهر التعاقد ومناط وجوده . فلا يكفى اتجاه إرادة واحدة الى امر معين ، بل يجب أن تتلاقى هذه الارادة مع ارادة الطرف الأخر . ومن هذا التلاقى ينشأ التراضى الذى يعتبر الركن الجوهرى فى كل عقد والذى تلتقى فيه الإرادتان على الامور الجوهرية فى العقد .

ومن الجدير بالذكر فى هذا الخصوص أن بعض الفقهاء المسلمين يذهبون الى أن الايجاب والقبول وحدهما كافيان فى تكوين العقد ومن هذا يبين مدى تقدم الفقه الاسلامى فى شأن رضائية العقود[1] وأن رضائية العقد على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث ، لم يصل اليها القانون الرومانى كقاعدة عامة حتى فى آخر مراحل تطوره . ولعل السر فى وصول فقهاء الشريعة الاسلامية الى

---

(١) انظر نظرية العقد للدكتور عبد الرزاق السنهورى عام ١٩٣٤ م ص ٦٣ وما بعدها وأنظر كذلك لنفس المؤلف مصادر الحق فى الفقة الاسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى ١٩٥٤ الجزء (١) ص ٣٧ ، ٣٨ .

هذه القاعدة ما كان للدين من الاثر الهام فى تقرير قواعد الفقه فقد وضع القرآن والحديث أساس قواعد العقود اذ قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقال « وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا » وقال « واوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا » ، وقال النبى ﷺ : « لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له »

ثانيا : اتجاه الارادتين لترتيب آثار قانونية :

ويجب أيضا أن تتجه ارادة المتعاقدين إلى ترتيب آثار قانونية ، ومن ثم لا يقوم العقد إذا كان الاتفاق لم يستهدف ترتيب أثر قانونى . وهذه أيضا مسألة وقائع يقدرها قاضى الموضوع فى ضوء الظروف الملابسة للاتفاق والقرائن التى يصل اليها عند فحص النزاع .

وعلى ذلك فتصرفات المجاملة لا تنشىء عقودا لانها لا ترتب آثارا قانونية فدعوة صديق للغداء لا تنشىء عقدا بين الداعى والمدعو . كذلك فالخدمات المجانية لا تنشىء عقودا . مادامت الارادة لم تتجه الى الالتزام قانونا بها وعلى ذلك فالطبيب الذى يعالج صديقا له او قريبا دون اجر لا تتجه ارادته الى انشاء رابطة قانونية عن طريق التعاقد يترتب عليها التزامات قانونية .

وليست عمليّة استخلاص نية المتعاقدين مسألة موضوعية تختلف باختلاف الظروف على نحو ما ذكرنا ولا يكفى فى ذلك الاعتداد بالصفة المجانية للالتزام . فدعوة صديق لتناول الطعام لا تنشىء التزاما قانونيا ، ولكنها تكون كذلك اذا تعهد بها رب العمل للعامل الذى يعمل فى مصنعه بل إنّ الوجبة فى هذه الحالة تعتبر جزءاً من الاجر وفقا لاحكام نظام العمل على نحو ما سنرى عند دراستنا لنظام العمل والعمل فيما بعد .

٢ ـ نطاق العقد : ـ

نطاق العقد ينطوى على بيان مجاله بالمعنى المفهوم فى القانون الخاص ، ويتحدد نطاق العقد فى هذا الخصوص بأمرين : الطبيعة المالية للاداء الملقى على

عاتق المدين ، وأن يكون الاتفاق فى دائرة القانون الخاص . وبذلك يخرج عن نطاق العقود بالمعنى الذى نقصده ، الاتفاقات الواقعة فى دائرة القانون العام ، فالاتفاق الدولى الذى ينعقد بين الدول يخضع للقانون الدولى وتسرى عليه احكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية والعقود التى تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع الافراد تخضع لقواعد القانون الادارى ، وذلك كعقد التزام المرافق العامة ، والاشغال العامة وبذلك تخرج عقود القانون العام عن مجال ونطاق دراستنا لنظرية العقود .

وليس كل عقد تبرمه الدولة يعد من عقود القانون العام اذ يلاحظ فى هذا الشأن أن هناك عقودا تبرمها الدولة بوصفها شخصا عاديا فتعتبر فى حكم الافراد ، وتخضع لاحكام القانون المدنى ، كعقد ايجار او بيع مال من أموال الدولة الخاصة او عقد شراء أدوات او مهمات او مواد من السوق لتموين المدارس او الجامعات او لسداد احتياجات الادارات الحكومية .

٣ ـ القيود الواردة على حرية الارادة : ـ

التراضى ركن العقد الاساسى والارادة جوهر التعاقد .. فهى التى تنشىء التصرف القانونى ، وترتب الاثار القانونية التى تستهدف تحقيقها . وهذا هو ما يعبر عنه بسلطان الارادة . ويسمى فى نطاق العقد بمبدأ الحرية التعاقدية او حرية الارادة .

وبسلطان الارادة معنى حريتها فى انشاء التصرف القانونى ، او تعديله او انهائه وترتيب الاثار ووضع الشروط التى تروق لها . هذا المبدأ غير مطبق على اطلاقه بل يخضع لقيود تحد منه وتسمى هذه القيود الواردة على سلطان الارادة او على حرية الارادة ، وهذه القيود هى :

(أ) القيود الشكلية التى يضعها المشرع : ـ

رغم ان القاعدة العامة هى رضائية العقود الا أن المشرع قد يرى لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ان يكون التعبير عن الارادة متخذا شكلا معينا حتى ينتج آثاره القانونية .

وهذه الشكلية قد يتطلبها المشرع فى صورة الكتابة ، وذلك بأن يقرر أن التصرف لا ينشأ الا اذا أفرغ فى شكل مكتوب ، وهذا هو ما يشترطه مثلا المشرع السعودى فى المادة (١٥٢) من نظام المحكمة التجارية بالنسبة الى بيع السفينة فنص على أنّ بيع السفينة كاملة او حصة منها يجب ان يتم « بسند رسمى » .

(ب) القيود المتعلقة بالنظام العام او بالاداب العامة :

وتتعلق بالقواعد الآمرة ، التى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وهذه القواعد الآمرة تحمى النظام العام والاداب فى المجتمع . ومن ثم فهى تخرج عن الدائرة التى يجوز فيها للارادة ترتيب آثار قانونية وعلى هذا فالتعاقد على بيع أو شراء مسكرات او مخدرات يقع باطلا لان النظام لا يحترم سلطان الارادة ولايرتب آثارا قانونية على التعهدات او التعاقدات الا اذا كانت فى نطاق ما يسمح به المشرع من تصرفات .

المبحث الثاني : تقسيمات العقود

لم يضع فقهاء الشريعة الاسلامية تقيسات عامة للعقود ولكنهم عرضوا احيانا لتقسيات محدودة وركزوا دائما على العقود عقداً عقداً ولم يراعوا فى ترتيبها فكرة معينة او صلة ظاهرة وقد عرض كتاب البدائع للكاساني فى الفقه الحنفى للعقود على الترتيب الاتى :

(١) الاجارة .	(٢) الاستصناع .	(٣) البيع .	(٤) الكفالة .
(٥) الحوالة .	(٦) الوكالة .	(٧) الصلح .	(٨) الشركة .
(٩) المضاربة .	(١٠) الهبة .	(١١) الرهن .	(١٢) المزارعة .
(١٣) المعاملــة (المساقاة)		(١٤) الوديعة .	(١٥) العارية .
(١٦) القيمة .	(١٧) الوصايــا .	(١٨) القرض .	

وقد وقف بعض الفقهاء عند اعتبار العوض وجودا وعدما ، فقسموا العقود الى عقود المعاوضة وعقود تبرع وعقود هى تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء . فيدخل فى عقود المعاوضة الاجارة والاستصناع والبيع والصلح والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والقسمة . ويدخل فى عقود التبرع الهبة والعارية والوديعة . ويدخل فى عقود التبرع ابتداء والمعاوضة انتهاء الكفالة والحوالة والوكالة والرهن والقرض .

ومن الفقهاء من قال بتقسيمات اخرى محدودة كقولهم عقود الودائع (الوديعة والعارية والرهن والشركة والوكالات (الوكالة والشركة والمضاربة) والتوثيقات الكفالة والحوالة والرهن) وهم بهذا يضعون كل طائفة متجانسة من العقود فى قسم واحد .

ومن الفقهاء من يتخذ محلّ العقد معيارا للتقسيم وقد اتّخذ صاحب مرشد الحيران هذا المعيار فنص فى المادة ٢٦٣ على أنه « يصح ان يرد العقد على الاعيان منقولة كانت او عقاراً لتمليكها بعوض او بغير عوض » . ونص فى المادة ٢٦٤ على انه « يصح ان يرد العقد على الاعيان لحفظها وديعة او لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضا ورد بدلها » . ونص فى المادة ٢٦٥ على انه » يجوز ورود العقد على منافع الإعيان للانتفاع بها بعوض اجارة او بغير عوض اعارة ورد عينها لصاحبها » . ونص فى المادة ٢٦٦ على انه » يصح ان يرد العقد على عمل معين من الاعمال الصناعية او على خدمة معينة » .

ولا ينبغى ان لا يفهم مما تقدم ان الفقه الاسلامى لم يعرف الا هذه العقود المسماة ، وان اى اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعا ، فقد سلم الفقهاء المسلمون بامكان ان يمتزج عقد ان او اكثر من العقود السابقة فى عقد واحد يجمع بين خصائص العقود التى امتزجت فيه ويؤكد هذا القاعدة الفقهية التى تذهب الى ان المسلمين عند شروطهم ، وان كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التى يقررها الفقة الاسلامى يكون عقدا مشروعا . وقد جاء فى البدائع

فى هذا الخصوص انه » روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال المسلمون عند شروطهم ، فظاهر الحديث يقتضى لزوم الوفاء بكل شرط الا ماخص بدليل ، لانه يقتضى ان يكون كل مسلم عند شرطه وانما يكون كذلك اذا لزمه الوفاء به ... وهذا لان الاصل ان تصرف الانسان يقع على الوجه الذى اوقعه اذا كان أهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية عليه » .

وبديهى ان حرية المسلم فى الاتفاق على العقود وعلى تضمن العقود للشروط التى تحقق مصلحته رهين بأن يكون فى دائرة المشروعية او دائرة النظام العام والاداب العامة وان كانت دائرة النظام العام فى الفقة الاسلامى اوسع منها فى الفقة الغربى فتحريم العقود الربوية وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيرا من هذه الدائرة فى الفقة الاسلامى وعلى ذلك فالاصل فى الفقة الاسلامى هو حرية التعاقد فى حدود النظام العام .

ويمكن ان تقسم العقود عدة تقسيمات من ناحية تكوينها او من ناحية تنظيمها القانونى او من ناحية الاثر المترتب عليها او من ناحية طبيعتها او من ناحية تجاريتها وذلك على النحو الاتى : -

١ - يمكن تقسيم العقد من حيث تكوينه الى عقد رضائى او شكلى او عينى ، واما أن يكون من عقود المساومة او عقود الاذعان .

٢ - ويمكن تقسيم العقد من حيث التنظيم القانونى الى عقد مسمى او عقد غير مسمى وقد يكون عقدا بسيطا او مختلطا .

٣ - ويمكن تقسيم العقد من حيث الاثر الى عقد ملزم للجانبين او ملزم لجانب واحد ، واما ان يكون عقد معاوضة او عقد تبرع .

٤ - ويمكن تقسيم العقد من حيث طبيعته فيكون عقدا محددا او عقدا احتماليا واما ان يكون عقدا فوريا أو عقدا زمنيا .

٥ - وأخيرا يمكن تقسيم العقود الى مدنيّة او تجارية بالنظر الى موضوعها ومحلها وما اذا كانت تتناول اعمالا تجارية او غير تجارية .

المطلب الأول

تقسيمات العقود من حيث تكوينها

تنقسم العقود من حيث تكوينها الى عقود رضائية او عقود شكلية او عقود عينية كما قد تكون العقود عقود اذعان او عقود مساومة . والعقد الرضائى هو العقد الذى ينشأ بمجرد التراضى دون حاجة الى اضافة اى اجراء شكلى اخر .

فاقتران الايجاب بالقبول ينشىء العقد . والقاعدة العامة فى التشريعات الحديثة ان العقود رضائية كالبيع والايجار وأن الاستثناء هو شكلية بعض العقود .

أما العقد الشكلى فهو العقد الذى يلزم لنشأته فضلا عن التراضى ، إفراغه فى شكل معلوم يتطلبه القانون . وبهذه المثابة يعتبر الشكل ركنا فى تكوين العقد فلا يكفى لانعقاده ان يتراضى الطرفان عليه او ان يقترن الايجاب بالقبول مالم يفرغ فى الشكل الذى تطلبه القانون او النظام .

والشكلية المألوفة فى العصر الحديث ، هى تدوين العقد فى ورقة رسمية أمام الموظف المختص وهو مالجأ اليه المشرع السعودى فى المادة (١٥٢) من نظام المحكمة التجارية التى سبقت الاشارة اليها .

أما العقد العينى فهو : الذى يلزم لا كتماله ، فضلا عن التراضى ، تسليم العين محل التعاقد فالتسليم هنا ليس مجرد التزام يترتب على العقد ولكن العقد لا يكتمل الا بتمامه .

فقد يحدث ان يتفق المتعاقدان على ان العقد لايتم الا بقيام احدهما بتسليم ما تعهد بأدائه وهو ما تلجأ إليه شركات التأمين احيانا فتشترط الا ينشأ عقد التأمين الا بعد قيام المؤمن له بدفع القسط الاول . وبهذا الاتفاق يصبح العقد عينيا ، لان التسليم يعتبر ركنا فى التعاقد لا يكتمل وجود العقد الا به .

وعقد الاذعان هو كما يبين من اسمه عقد يخضع فيه القابل لشروط مفروضة يستأثر بوضعها الطرف الاخر فى التعاقد ولا يقبل المناقشة فيها . ويتعلق ذلك

عادة بسلعة او مرفق حيوى يكون محل احتكار قانونى او فعلى او تكون المنافسة محدودة فى شأن هذه السلعة او المرفق على الاقل .

أما عقد المساومة فهو الذى تكون ارادة المتعاقدين عند مناقشة شروط التعاقد وبحثها على قدم المساواة دون خضوع او استجابة لحاجة ملحة من احدهما على نحو يمكن الاخر من فرض شروطه دون مناقشة .

المطلب الثاني

تقسيم العقود من حيث تنظيمها القانونى

تنقسم العقود من حيث تنظيمها القانونى الى عقود مسماة او الى عقود غير مسماة ، كما قد تكون عقودا بسيطة او عقودا مختلطة .

فالعقد المسمى هو العقد الذى يتولى المشرع تنظيم أحكامه لشيوعه بين الناس ولذا يخلع عليه المشرع اسمه ويتولى تنظيم احكامه .

والعقود المسماة إما أن ترد على الملكية ، وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح . وإما ان ترد على المنفعة وهى الايجار وعارية الاستعمال . وإما ان ترد على العمل وهى المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . وهناك ايضا عقود الغرروهى المرتب مدى الحياة ، وعقد التأمين . وعقود الضمان وهى الكفالة والرهن الرسمى والحيازى .

أما العقد غير المسمى فهو العقد الذى لا يخضع لتنظيم قانونى خاص به فلا يخصه المشرع باسم معين ولا يتولى تنظيم أحكامه .

وتخضع العقود غير المسماة فى نشأتها وآثارها للقواعد العامة المقررة لجميع العقود والواردة فى النظرية العامة للالتزامات ولا يختص كل عقد منها بأحكامه منفصلة كما هى الحال فى العقود المسماة .

ومن أمثلة العقود غير المسماة ، عقد النشر وعقد النزول فى فندق ، والعقد بين الجمهور وبين دور السينما والمسرح والملاهى ، والعقد بين المصور او الرسام مع

الشخص الذى يصوره او يرسمه . كل هذه عقود غير مسماة ، لان المشرع لا يخلع عليها اسماءها ولا يضع لها قواعد خاصة بها .

والعقد البسيط هو الذى يقتصر على أحكام موحدة ، والذى لا تمتزج فيه أحكام عقود مختلفة ، وذلك كعقد البيع او عقد الايجار فهو لا ينطوى الا على أحكام تتعلق بعقد واحد .

أما العقد المختلط فهو العقد الذى تختلط فيه أحكام عقود متعددة فالعقد المبرم بين النزيل وصاحب الفندق ينطوى على ايجار للمسكن وبيع للغداء وعمل بالنسبة الى الخدمة ووديعة بالنسبة الى الامتعة . وقد يكون فيه قرض بالنسبة لما تدفعه ادارة الفندق احيانا من نقود يحتاج اليها كدفع ما تستحقه سيارات الاجرة او غيرها .

والقاعدة العامة ان يطبق على العقد المختلط أحكام العقود المختلفة التى يتضمنها اذا امكن تجزئة احكامه ، ولكن قد تتناقض الاحكام المختلفة للعقود فلا يمكن تطبيقها ، فيجب فى هذه الحالة تغليب احد العقود المتداخلة فى العقد المختلط باعتباره العنصر الاساسى او العقد الغالب الذى يطبق قواعده واحكامه بصفة اساسية واصلية .

المطلب الثالث

تقسيم العقود من حيث الآثار التى تترتب عليها

تنقسم العقود من حيث الاثار التى تترتب عليها الى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد والى عقود معاوضة وعقود تبرع .

فالعقد الملزم لجانبين هو العقد الذى ينطوى على التزامات متبادلة اذ يرتب العقد التزامات على عاتق كل من طرفيه ويعتبر تقابل الالتزامات ابرز ما يميز هذا النوع من العقود ففى عقد البيع مثلا يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع فى مقابل التزام المشترى باداء الثمن . وفى عقد الايجار يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من

الانتفاع بالعين المؤجرة ، مقابل التزام المستأجر بدفع الاجرة ففى كل من هذين العقدين تتقابل التزامات كل من الطرفين .

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذى ينفرد فيه احد طرفى التعاقد بالالتزام فى مواجهة الطرف الاخر ، ومن ثم يكون احد المتعاقدين مدينا فحسب ويكون المتعاقد الثانى دائنا فحسب . ومثال ذلك الوديعة المجانية التى يلتزم بموجبها المودع لديه بتسلم الشىء محل الوديعة ، وان يحافظ عليه ويرده فى الاجل المحدد ، دون ان يلتزم المودع بأى التزام نحو المودع لديه فهو دائن وصاحب حق فقط بعكس المودع لديه اذ هو مدين محمل بالتزام فحسب .

ويترتب على التقابل فى الالتزامات فى العقود الملزمة للجانبين ، نتائج قانونية هامة منها : ـ

١ ـ **حق فسخ العقد** : ـ اذا لم يقم احد المتعاقدين فى العقد الملزم للجانبين بتنفيذ ما يجب عليه من التزامات او اذا أخل بهذه الالتزامات كان للمتعاقد الاخر حق فسخ العقد جزاء على عدم تنفيذ المتعاقد الاول لا لتزاماته او لإخلاله بها .

أما فى العقد الملزم لجانب واحد فلا مجال لوجود حق الفسخ ذلك ان الهدف من استعمال حق الفسخ فى العقد الملزم للجانبين هو ان يتحلل الطرف الثانى من التزامه مادام الطرف الاول لم يقم بتنفيذ التزامه فالعقد الملزم لجانب واحد يتخلف فيه التقابل بين الالتزامات ويقتصر الامر فيه على أن يتمسك الدائن بمطالبة المدين بتنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه بمقتضى العقد ولا يكون له مصلحة فى فسخ العقد .

٢ ـ **الامتناع عن التنفيذ** : ـ يجوز كذلك فى العقد الملزم للجانبين ، فى حالة امتناع احد المتعاقدين عن تنفيذ أى من التزاماته ان يتمسك المتعاقد الاخر ، بدلا من طلب الفسخ ، بعدم تنفيذ التزاماته اى يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الاول بتنفيذ التزامه . وهذا هو ما يسمى بالدفع بعدم تنفيذ العقد ، ويلجأ اليه المتعاقد كوسيلة قانونية لحمل المتعاقد الاخر على القيام بما تعهد به ،

فاذا لم يؤت الدفع بعدم التنفيذ نتيجة ما كان له ان يستعمل حقه فى الفسخ .

وهنا أيضا يتميز العقد الملزم للجانبين بامكان استعمال أى من المتعاقدين حق الدفع بعدم التنفيذ لاخلال المتعاقد الاخر بالتزاماته أو لإمتناعه عن تنفيذ اى منها ، أما العقد الملزم لجانب واحد فبديهى أن الطرف الدائن ليس عليه من التزام يدفع بعدم تنفيذه .

وتعد عقود المعاوضة من العقود الملزمة للجانبين اذ ان عقد المعاوضة هو العقد الذى يتبادل فيه الطرفان المزايا والالتزامات الناشئة عن العقد ، فيأخذ كل طرف فى العقد مقابلا لما يعطى ومن أمثلة عقود المعاوضة ، عقد البيع الذى يحق للبائع فيه ان يحصل على الثمن مقابل تسليم المبيع ، والمشترى له الحق فى الحصول على المبيع مقابل سداد الثمن وكذلك يعد عقد الايجار من عقود المعاوضة لان المؤجر يحصل على الاجرة مقابل تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة والمستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مقابل دفع الاجرة وعلى ذلك يقوم فى هذه العقود الحقوق والالتزامات بالتقابل فى ذمة كل من طرفى العقد .

وتعد عقود التبرع عقودا ملزمة لجانب واحد فعقد التبرّع عقد يستأثر فيه احد الطرفين بمزايا العقد ولا يكون عليه التزامات ما أما الطرف الاخر فهو يوفى بالتزام وليس له من حقوق بمقتضى العقد فعقد الهبة البسيطة مثلا عقد تبرع لان الواهب يهب الشىء الموهوب دون مقابل ، والموهوب له يتلقى الشىء دون ان يلتزم فى مقابل ذلك بالتزام ما ، والعارية المجانية عقد تبرع لان المعير لايأخذ شيئا من المستعير مقابل الاعارة ، وهذا هو الحال ايضا فى كل عقود التبرع الاخرى كعقد الوكالة المجانية .

المطلب الرابع

تقسيم العقود من حيث طبيعتها

تنقسم العقود من حيث طبيعتها الى عقود محددة وعقود احتمالية ، والى عقود فورية وعقود زمنية .

والعقد المحدد هو العقد الذى يستطيع فيه كل متعاقد ان يحدد عند توقيع العقد ماذا سيحصل عليه وماذا سيعطى ، بصرف النظر عن توازن الحقوق والالتزامات لكل من الطرفين فالذى يميز العقد المحدد هو امكانية تحديد الحقوق والالتزامات وتقدير كل منها تقديرا دقيقا فبيع سلعة معينة بثمن معين عقد محدد وايجار مسكن معين بأجرة معينة عقد محدد لان كلاً من الطرفين يعرف تماما عند العقد مقدار ما سيعطى ومقدار ما سيأخذ .

أما العقد الاحتمالى فهو العقد الذى لا يمكن فيه كل من المتعاقدين ان يحدد عند العقد مقدار ما سيأخذ ومقدار ما سيعطى ولا يستطيع اى من المتعاقدين اجراء هذا التحديد الا فى المستقبل تبعا لوقوع حدث غير محقق او غير معروف زمن حدوثه اذا كان هذا الحدث هو الذى يحدد مقدار الحقوق والالتزامات لكل من المتعاقدين .

وعقود الغرر تعتبر عقودا احتمالية ومثلها عقد التأمين فالتأمين ضد الحريق يلزم المؤمن له بدفع الاقساط ولكن المؤمن له لا يعرف هل سيتحقق حصوله على مبلغ التأمين ووقف الحصول عليه ، لان ذلك لا يكون الا بوقوع الحريق بالفعل وهو أمر مستقل غير محقق . والمؤمن يتلقى اقساط التأمين ، وربما اضطر لدفع عوض التأمين بعد العقد بفترة وجيزة او فترة طويلة ، وقد لا يضطر للوفاء به أبدا لان الحدث المستقبل وهو الحريق غير محقق الوقوع .

والعقد الفورى هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصرا جوهريا او أساسيا فيه ولو تراخى التنفيذ الى اجل او آجال متعاقبة ، فعقد البيع مثلا عقد فورى دائما ولو تراخى التنفيذ بالنسبة لبعض الالتزامات المترتبة عليه لمدة او لمدد مستقبلة ويسرى هذا على البيع الذى يسلم فيه الشىء المبيع فى الحال بثمن يدفع فورا ، كما يسرى كذلك على عقد البيع بثمن مؤجل فتأجيل دفع الثمن او تأجيل تسليم المبيع لا يزيل عن العقد الطبيعة الفورية . ذلك ان تدخل عنصر الزمن يعتبر عرضيا لا يؤثر فى تحديد الثمن او فى قيمة المبيع . فالاجل لا يتدخل فى تحدد مقدار الثمن ، او فى مقدار المبيع وانما هو موعد يتحدد به زمن

التنفيذ فحسب .

فالعقد الفورى يتحدد محله منفصلا عن الزمن . لان الزمن لا يعتبر عنصرا جوهريا فى تحديد محل التعاقد ، وانما قد يكون مجرد عنصر عرضي يتمثل فى اجل مضروب لارجاء تنفيذ الالتزام . ويظل العقد فوريا بصرف النظر عن مواعيد تنفيذ الالتزامات .

أما العقد الزمنى فهو عقد يندمج فيه الزمن ويصبح عنصرا جوهريا أساسيا فيه بحيث لايتصور قيام العقد منفصلا عن عنصر الزمن ، ويكون هو المعيار الذى يقدر به محل العقد . فعقد الايجار مثلا عقد زمنى لأنه يرد على المنفعة ، والزمن عنصر جوهرى فيه لانه هو الذى يحدد مقدار المنفعة التى تعود على المستأجر والأجرة التى يستحقها المؤجر وعقد العمل لمدة معينة ، عقد زمنى لان خدمات العامل لايتصور قيامها بغير الزمن فالزمن عنصر جوهرى أساسى فيه لانه يحدد أجر العامل كما يحدد عمله الذى يستحق عليه الأجر .

المطلب الخامس

تقسيمات العقود الى تجارية ومدنية

تنقسم العقود كذلك الى عقود تجارية وعقود مدنية ، ويكون العقد تجاريا اذا اقترن تكوين العقد بظروف معينة تخلع عليه هذه الصفة فعقد البيع مثلا وعقد الشركة وعقد الإيجار وعقد القرض وعقد الرهن وعقد الكفالة وعقد التأمين كلها عقود قد تصبح تجارية اذ اقترنت بعقدها ظروف معينة تخرجها من نطاق العقود المدنية الى دائرة العقود التجارية .

وتحدد نظرية الاعمال التجارية الصفة التجارية للعقد فهناك أعمال يعتبرها النظام تجارية ولو وقعت منفردة ، أى حتى ولو أبرمها الشخص مرة واحدة دون أن يتخذها حرفة معتادة وهناك أعمال يعتبرها النظام أعمالا تجارية إذا تمت ممارستها على نحو معتاد ومع تكرار تنفيذها على نحو ماسنرى فيما بعد .

ولكن الجانب الاكبر من العقود التجارية يكتسب هذه الصفة اذا صدرت من التاجر بمناسبة ممارسة أعماله التجارية وبمناسبتها .

فاحتراف التجارة يؤدى أحيانا الى اعتبار العقد تجاريا ، اذا أبرمه التاجر تلبية لحاجات تجارية ، ومثال ذلك عقود بيع المحال التجارية ، أوعقود بيع وشراء القيم المنقولة والبضائع بالجملة ، وعقود البيع فى عمليات الاستيراد والتصدير ، وكذلك عقود التأمين على البضائع ، وعقود النقل التى يبرمها التاجر لنقل البضائع من مكان إلى آخر وذلك إذا تمت هذه الأعمال كلها بمناسبة قيام التاجر بأعمال تجارية وممارسة أعماله التجارية .

ويكون العقد دائما عقدا مدنيا اذا تعلق بمعاملات مالية غير تجارية .

وسندرس فيما بعد الاعمال التى اعتبرها المشرع السعودى أعمالا تجارية بطبيعتها وتلك التى اعتبرها اعمالا تجارية اذا مارسها الشخص على سبيل المقاولة .

المبحث الثالث : شروط صحة العقد

سبق أن ذكرنا أن الاصل فى الفقه الاسلامى هو رضائية العقود بمعنى أن فى استطاعة الافراد ان يعقدوا فيما بينهم أى نوع من أنواع العقود سواء أكانت مذكورة أم غير مذكورة فى أنظمة الدولة طالما أنهم لايخالفون النظام العام أو الآداب العامة ويمكن لهم أن يتصوروا أى عقد يريدونه وأن يبرموه ، كما يستطيعون أن يرتبوا النتائج المنتظرة من تعاقدهم بالكيفية التى تلائمهم وحسب ماتمليه حاجاتهم ومصالحهم ورغباتهم ، وهم لايلزمون ، فى حالة ما إذا كان العقد من بين العقود الواردة فى أى نظام الا باتباع القواعد المنظمة له اذا كانت من القواعد الآمرة . سواء فيما يتعلق بالشكل أو احترام النظام العام والآداب العامة .

من كل أولئك يتضح لنا أن مبدأ حرية التعاقد أوسلطان الارادة ليس مطلقا إذ ترد عليه بعض القيود .

المبحث الرابع: أركان العقد

يقصد بأركان العقد الأسس التى يقوم عليها . وهذه الأسس التى لاينشأ العقد بدونها ثلاثة هى :

١ ـ توافق الارادتين أو الرضاء الصحيح وهو مايعبر عنه بركن التراضى .

٢ ـ موضوع معين أو محل للالتزام وهو مايعبر عنه بركن المحل .

٣ ـ سبب مشروع للالتزام وهو مايعبر عنه بركن السبب .

المطلب الأول

ركن التراضى

ركن التراضى أهم أركان العقد وأبرزها فينبغى أن يلتقى الايجاب بالقبول حتى ينعقد العقد .

ولايكفى مجرد قيام الرضا بل يجب أن يكون الرضا صحيحا صادرا عن ذى أهلية للعقد ، وغير مشوب بعيب يفسده كالغلط والتدليس والاكراه .

وقد عنى الفقهاء المسلمون عناية كبيرة بصيغة العقد ويرجع ذلك الى النزعة الموضوعية للفقه الاسلامى وأول وأبرز آثار هذه النزعة الوقوف عند الارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة .

وقد اعتمد الفقهاء فى ذلك على أن الارادة الظاهرة هى المظهر الخارجى للتعبير عن الارادة الباطنة ولذا فقد وقفوا عند اللفظ أولا ـ قبل الكتابة وقبل الاشارة وقبل أى مظهر خارجى آخر تستشف منه هذه الارادة .

ويبين من استعراض الفقه الاسلامى أنه وقف عند قواعد ثلاث يمكن أن نستخلص منها مبدأ عاما فى هذا الخصوص ، وسنعرض فيما يلى لهذه القواعد ثم

نتطرق الى المبدأ العام .

ويمكن القول إنّ القاعدة الأولى تقضى بأن كل لفظ تتمحض صيغته للحال ، يؤخذ فيه بالأرادة الظاهرة وينعقد به العقد ، لأن الارادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها الى الارادة الباطنة .

والقاعدة الثانية تقضى بأن كل لفظ تحتمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالارادة الباطنة ، لأن الارادة الظاهرة هنا غير واضحة ، فتعين الأخذ بالنية وهى الارادة الباطنة .

والقاعدة الثالثة تقضى بأن كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه بالارادة الظاهرة ولاينعقد به العقد ، لأن الارادة الظاهرة هنا واضحة فلايعدل عنها الى الارادة الباطنة .

أما المبدأ العام الذى نخرج به من مجموع هذه القواعد الثلاث فهو أن الأصل فى صيغة العقد الأخذ بالارادة الظاهرة اذا كانت هذه الارادة واضحة فان كانت الصيغة للحال انعقد العقد ، وان كانت للاستقبال لاينعقد . أما إذا كانت الارادة الظاهرة غير واضحة بأن احتملت الصيغة الحال والاستقبال ، تعين الرجوع الى النية أى الى الارادة الباطنة ، فان انصرفت هذه الارادة الى الايجاب انعقد العقد ، والا فانه لاينعقد .[1]

وينعقد العقد لدى الفقهاء المسلمين عندما يتبادل طرفاه الايجاب والقبول المتطابقين باللفظ ، كما يمكن التعبير عن الارادة عندهم بمظاهر خارجية أخرى غير اللفظ هى :

١ ـ الكتابة .

٢ ـ الاشارة .

٣ ـ التعاطى .

٤ ـ أى موقف آخر يدل على الرضاء .

---

(١) انظر الفتاوى الهندية جزء ٣ ص٤ وانظر كذلك د . السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى المرجع السابق الجزء (١) ص٩٠

٥ ـ السكوت .

وسنعرض فيما يلى لهذه المظاهر الخارجية للتعبير عن الارادة .

١ ـ الكتــابة :

الأصل فى الفقه الاسلامى ان الايجاب والقبول لابد من اقتران احدهما بالآخر فى محل واحد كما سيأتى . فاذا أوجب احد الطرفين فى غياب الطرف الآخر ووصل الايجاب الى مجلس القابل عن طريق الرسالة الشفوية أوالكتابة وبنقل الايجاب ماديا إلى مجلس القبول فيكون اقتران القبول بالايجاب قد وقع فى مجلس واحد .

وينقل الرسول الايجاب نقلا ماديا وفى هذا يختلف عن النائب الذى يعبر عن ارادته لا عن ارادة الاصيل ، واذا نقل الرسول الايجاب الشفوى للطرف الاخر ، وقبل هذا فى مجلس اداء الرسالة ، انعقد العقد ، لأن الرسول ناقل فلما قبل العاقد الاخر اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما .

وتسرى على الكتابة احكام الرسالة الشفوية ، فلو أرسل الموجب إيجابه فى خطاب أو كتاب فقبل المرسل اليه هذا الايجاب فى مجلس بلوغ الخطاب انعقد العقد ، ويجوز أن ينعقد العقد بالكتابة من الجانبين .

هذه هى أحكام التعبير عن الارادة بالكتابة على الراجح فى الفقه الاسلامى وعلى تفصيل فى المذاهب الاسلامية لامجال للتعرض هنا لدراستها بتفصيل وان كان من الجدير بالذكر ان بعض المذاهب الاسلامية لاتجيز الكتابة فى انعقاد العقد الا للأخرس كالشافعية والزيدية .

٢ ـ الإشــارة :

يجوز على الراجح فى الفقه الاسلامى انعقاد العقد بالاشارة ، وان كانت بعض المذاهب الاسلامية كالشافعية والزيدية لاتجيز انعقاد العقد بالاشارة لغير الاخرس[١] . أما مذهب الامام مالك فهو أوسع المذاهب جميعا فى هذا الموضوع ويساير بمرونة كبيرة مقتضيات التعامل[٢] .

---

(١) انظر المنتزع المختار ٩٣

(٢) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣ ص٣ ، وانظر كذلك الصاوى على الشرح الصغير ٢ ص٣ .

٣ ـ التعاطى :

يجوز على الراجح فى الفقه الاسلامى التعبير عن الارادة بالتعاطى او المعاطاة والتعاقد بالتعاطى أو بالمعاطاة هو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، وقد اختلفت المذاهب فى جواز ذلك . فالشافعى لايجيز التعاقد الا باللفظ عند الامكان ومن ثم لايجيز التعاقد بالتعاطى . وعلى عكس ذلك يجيز المالكية التعاقد بالتعاطى . ويجوز فى المذهبين الحنفى والحنبلى التعاقد بالتعاطى على تفصيل لسنا فى مجال التعرض له .

٤ ـ أى موقف آخر يدل على الرضاء :

يمكن القول بوجه عام إنّ أغلب مذاهب الفقه الاسلامى تميل على الراجح منها الى العدول عن مذهب اللفظية الضيق الذى التزمه الامام الشافعى فى بعض الروايات عنه ، والى اعتبار التعاقد جائزا بالرسالة الشفوية وبالكتابة وبالاشارة وبالتعاطى ، لدلالة كل ذلك على التراضى ، وعلى ذلك يجوز التعاقد باتخاذ أى موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على التراضى[1] وفى هذا يتلاقى الفقه الاسلامى مع الفقه الغربى .

٥ ـ السكوت :

يختلف السكوت كمظهر للتعبير عن الارادة عن جميع المظاهر السابقة فى أنه موقف سلبى ، فنظرا لأن الساكت لم يعبر بطريق ايجابى عن أية ارادة فقد درج فى الفقه الاسلامى اصطلاح « لاينسب لساكت قول » ويصدق هذا فى الواقع على الايجاب دون القبول ، فالايجاب لايمكن أن يستخلص من محض السكوت

---

(١) انظر فى هذا الخصوص فى الفقه الحنفى الزيلعى جزء ٤ ص٤ والسرخسى فى المبسوط جزء١١ ص١٥٠ والكاسانى فى البدائع جزء٥ ص٢٦١ـ٢٦٢ و٢٧٠ وابن عابدين جزء٤ ص٩ و١٦ـ١٧ وانظر فى مذهب الامام مالك المغنى جزء٤ ص٤ والحطاب جزء٤ ص٢٢٨ وانظر فى مذهب الامام احمد المغنى جزء٤ ص٤ ، وانظر كذلك فى هذا الخصوص من الفقهاء المسلمين المحدثين الشيخ على الخفيف : احكام المعاملات الشرعية ص١٥٥ ـ ١٥٦ وانظر كذلك الشيخ محمد ابوزهرة : الملكية ونظرية العقده ص٢٠٥ ـ ٢٠٦ والدكتور محمد يوسف موسى : الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى ص٢٧٢ ـ ٢٧٣ .

اما القبول فيجوز استخلاصه عند السكوت من الظروف الملابسة للسكوت ولذلك قيل تكملة للعبارة الأولى ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان ، ولذلك يمكن ان يعد السكوت قبولا اذا تمحضّ الايجاب لمنفعة من وجه اليه كسكوت المتصدق عليه والموقوف عليه مثلا ، وسكوت البكر عن التصريح بالرضا فى الزواج وسكوت المشترى الذى يتسلم البضائع بعد أن سلمت اليه مع قائمة وشروط الثمن .

ويتصل بدراسة ركن التراضى نظرية مجلس العقد ، وشروط صحة التراضى وهو ماسنعرض له فيما يلى :

أولا : نظرية مجلس العقد :

أوجب الفقهاء المسلمون أن يكون الايجاب والقبول فى مجلس واحد ، فاتحاد المجلس شرط لانعقاد العقد وتهدف نظرية مجلس العقد الى تحديد المدة التى يصح أن تفصل القبول عن الايجاب ، حتى يتمكن من عرض عليه الايجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الايجاب أو يرفضه .

ومجلس العقد هو المكان الذى يجتمع فيه المتعاقدان ويبدأ من وقت صدور الايجاب . ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين الى التعاقد ولم يبعد إعراض من أى منهما أو رفض للتعاقد .

وينفض المجلس باعراض أحدهما . كذلك ينفض المجلس إذا قام أحدهما وترك المكان الذى صدر فيه الايجاب .

كما ينفض المجلس ايضا اذا رد المتعاقد الاخر على الايجاب ، بالقبول أوبالرفض ويسقط الايجاب اذا انفض مجلس العقد دون قبول ، ولاينعقد العقد اذا صدر القبول بعد ذلك وانما يعد القبول ايجابا مبتدأ . لابد فيه من قبول المتعاقد الأول فى مجلس الايجاب المبتدأ حتى ينعقد العقد .

ويترتب على نظرية مجلس العقد النتائج الثلاث الآتية :

١ ـ أن يكون للمخاطَب بالايجاب خيار القبول إلى أن ينفض مجلس العقد فما دام مجلس العقد قائما لم ينفض ، كان للمتعاقد الذى وجه اليه الايجاب ان

يقبله أويرفضه .

٢ ـ أن يكون للموجب خيار الرجوع عن ايجابه الى أن يصدر أوينفض المجلس .

٣ ـ أن يكون لكل من المتعاقدين خيار المجلس فى مذهب الشافعى وفى مذهب أحمد ويوجب الشافعى الفورفى القبول ولما كان الفور يضيع على القابل فرصة التدبر والتأمل ، فقد عوض عن ذلك بخيار المجلس ، فله أن يرجع عن قبوله الفورى مادام المجلس قائما لم ينفض ، فتتاح له بذلك فرصة للتدبر وعلى ذلك فان القبول كالايجاب ، غير ملزم فى مذهبى الشافعى وأحمد ، وأن مجلس العقد كما يحدد متى يجوز للموجب أن يرجع فى الايجاب ، وكما يحدد متى يجوز لمن وجه اليه الايجاب أن يقبل ، يحدد كذلك متى يجوز لكل من القابل والموجب أن يرجع فى العقد اذ ان مجلس العقد هو الوقت الذى يجوز فيه استعمال خيار القبول وخيار الرجوع وخيار المجلس ، ولذا كانت هذه الخيارات الثلاثة هى النتائج الرئيسية لمجلس العقد[1] .

ولابد لانعقاد العقد من أن يتطابق الايجاب والقبول تطابقا كاملا على محل العقد فيجب الا يتغير محل العقد بين الايجاب والقبول .

ويجب أن يتم التعاقد بين الغائبين ، كذلك فى مجلس العقد . وللموجب فيه خيار الرجوع فى ايجابه ، وللمتعاقد الاخر خيار القبول . ويجب فيه مطابقة القبول للايجاب على النحو الذى فصلناه فى التعاقد بين الحاضرين .

ويتم العقد بين الغائبين ، فى الفقه الاسلامى . باعلان القبول ولايشترط علم الموجب بالقبول اما اذا كان التعاقد بين الحاضرين فيشترط فيه سماع الموجب للقبول ، فكل مايشترط فى التعاقد بين الغائبين أن يكون الموجب قد اراد تبليغ ايجابه للمتعاقد الآخر .

وينتج العدول عن الايجاب فى الفقه الاسلامى على الرأى الراجح أثره ولو لم يسمعه أويعرف به المتعاقد الآخر .

---

(١) انظر الشعرانى فى الميزان جزء ٢ ص٧٣ وذلك بصدد المقارنة بين مذهب الخيار ومذهب عدم الخيار .

ويقر الفقه الاسلامى بوجه عام بيع المزاد ويسميه « بيع من يزيد »[1]

ويكره الفقه الاسلامى بوجه عام وفى مختلف مذاهبه الاحتكار ومن هذا المنطلق ينظر الى عقود الإذعان .[2]

ثانيا : شروط صحة التراضي :

لايكفى أن يكون التراضى موجودا ، بل يجب أيضا أن يكون صحيحا غير مشوب بعيب يفسده .

والتراضى فى الفقه الاسلامى والفقه الغربى لايكون صحيحا الا اذا كان صادرا من ذى أهلية ولم يكن مشوبا بعيب من عيوب الارادة .

وعلى ذلك فيجب أن يبلغ المتعاقد سن الرشد ، وأن يكون عند بلوغه تلك السن عاقلا رشيدا غير مصاب بعاهة فى العقل .

ويجب كذلك لصحة التراضى ألا يشوب الارادة عيب وعيوب الارادة هى الغلط والتدليس والاكراه فى كل من الفقه الاسلامى والفقه الغربى .

ويجب التمييز بين ارادة غير موجودة وارادة معيبة . فالارادة غير الموجودة هى مجرد مظهر خارجى لارادة موهومة لاحقيقة لها . مثل ذلك الارادة التى تصدر من المجنون أو الصبى غير المميز أوالسكران أوالهازل، فهذه الارادة لاوجود لها ، لأن مناط الارادة التمييز ، وإذا انعدم التمييز كان العقد باطلا ، أما الارادة المعيبة فهى ارادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص على غير بينة من أمره - وهذا هو الغلط والتدليس - أوغير حرفى ارادته - وهذا هو الاكراه .

والفقه الاسلامى - ونزعته موضوعية واضحة - يعتد بهذه العيوب جميعا وهو يهتم بالدرجة الأولى بالاكراه ، حتى عقد له قسما قائما بذاته يتميز به عن سائر الموضوعات . ويعتد بعد ذلك بالتدليس ، فالتدليس معروف فى بعض المذاهب بهذا الاسم بالذات .

---

(١) انظر البدائع جزء ٥ ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

(٢) أنظر الفتاوي الهندية جزء٣ ص ٢١٣ - ٢١٤ والمدونة الكبرى جزء١٠ ص٢٣ والمهذب جزء١ ص٢٩٢ والمغنى جزء٤ ص ٢٨٢ - ٢٨٣ .

والغلط هو فى الفقه الاسلامى أقل عيوب الارادة أهمية ، إذ هو اكثر العيوب نزعة ذاتية .

المطلب الثانى

ركن المحل

محل الالتزام هو الشىء الذى يلتزم المدين للقيام به . والمحل ركن فى الالتزام لا فى العقد ، ومحل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، اما محل الالتزام التعاقدى ، فان المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، ومن ثم يجب عليهما مراعاة استيفائه للشروط التى يتطلبها القانون أو النظام ولذا فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد .

ويشترط الفقه الاسلامى والفقه الغربى فى محل الالتزام الشروط الآتية :

١ ـ أن يكون موجودا إذا كان شيئا .

٢ ـ أن يكون ممكنا إذا كان عملا أوامتناعا عن عمل .

٣ ـ أن يكون معينا أو قابلا للتعيين .

٤ ـ أن يكون صالحا للتعامل فيه .

<u>أولا</u> : **يشترط أن يكون محل الالتزام التعاقدى موجودا اذا كان شيئا :**

يشترط فى الفقه الغربى أن يكون محل الالتزام موجودا أوقابلا للوجود فى المستقبل سواء أكان محقق الوجود أو محتمل الوجود ، وفى الحالة الاخيرة عندما يكون العقد واقعا على شىء مستقل محتمل الوجود دون أن يكون العقد معلقا على شرط وجوده يكون العقد احتماليا أو عقد غرر وهو عقد جائز بوجه عام فى التشريعات الغربية ووفقا للفقه الغربى على تفصيل فى ذلك لسنا فى مجال التعرض له .

ويشترط الفقه الاسلامى بوجه عام أن يكون المحل موجودا فعلا وقت التعاقد فان لم يكن موجودا وقت التعاقد فالعقد باطل ، حتى اذا كان المحل محتمل الوجود بل حتى لو كان محقق الوجود فى المستقبل .

ويجعل الفقه الاسلامى بيع المعدوم باطلا امعانا فى الخشية من الغرر ويحرم الفقه الاسلامى الغرر والربا وتعدد الصفقة فى العقد الواحد .

ويشترط الفقهاء المسلمون أن يكون المبيع موجودا وقت البيع ، لانه اذا لم يكن موجودا - حتى لو وجد فى المستقبل - دخل عنصر الغرر ، وهم يحرصون على تجنبه . ويمكن فى هذا الخصوص أن نميز بين فروض خمسة :

١ - الشيء بأكمله موجود وقت التعاقد .

٢ - الشيء فى اصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده .

٣ - الشيء غير موجود اصلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المستقبل .

٤ - الشيء غير موجود اصلا وقت التعاقد أو موجود فى أصله وهو غير محقق الوجود فى المستقبل .

٥ - الشيء غير موجود اصلا وقت التعاقد وهو لن يوجد فى المستقبل أى أن انعدام الشيء محقق وقت التعاقد وبعده .

من هذه الفروض الخمسة يوجد فرضان - الأول والأخير - ينتفى فيهما عنصر الغرر بتاتا فالشيء الموجود باكمله وقت التعاقد يصح التعاقد عليه وفقا لاتجاهات كل من الفقه الغربى والفقه الاسلامى . والشيء غير الموجود اصلا وقت التعاقد وبعده يكون التعاقد عليه باطلا ، فى كل من الفقه الغربى والفقه الاسلامى كذلك ، اما الفروض الثلاثة الباقية فيصح التعاقد فيهابوجه عام وفقا للفقه الغربى ، بينما يحتاج الحكم فى شأنها الى تفصيل فى الفقه الاسلامى -

اما الفرض الاول حيث الشيء فى اصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده مثل بيع الزرع والثمر بعد الطلوع وقبل بدوّ الصلاح فتجيز المذاهب الاسلامية بوجه عام بيعها بشرط القطع ، وقد جاء فى بداية المجتهد لابن رشد تلخيص كامل للمذاهب الاسلامية فى هذا الشأن ، ومما قاله مايأتى :

« وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى . ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لايخلو أن يكون قبل أن تخلق أوبعد أن تخلق . ثم إذا خلقت

لايخلو أن تكون بعد الصرام أوقبله . ثم إذا كان قبل الصرام فلايخلو أن تكون قبل أن تزهى أو بعد أن تزهى » . وكل واحد من هذين لايخلو أن يكون بيعا مطلقا أوبشرط التبقية أوبشرط القطع » .

أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق . فجميع العلماء متفقون على منع ذلك . . وأما بيعها بعد الصرام فلاخوف في جوازه . وأما بيعها بعد أن خلقت فاكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره ، الا مما روى عن ابى سلمة بن عبدالرحمن وعن عكرمة انه لايجوز الا بعد الصرام . فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام ، فلايخلو أن تكون بعد ان تزهى أوقبل أن تزهى وقد قلنا ان ذلك لايخلو أن يكون بيعا مطلقا أوبيعا بشرط القطع أوبشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلاخلاف في جوازه الا ماروى عن الثورى وابن ابى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلاخلاف فى انه لايجوز والا ماذكره اللخمى فى جوازه تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقا ، فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار . فمجمهورهمعلى أنه لايجوز مالك والشافعى واحمد واسحاق والليث والثورى وغيرهم . وقال ابو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشترى عنده فيه القطع ، لا من جهة ماهو بيع مالم يره ، بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ماسيأتى بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثالث عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشترى ، فعلم أن مابعد الغاية بخلاف ماقبل الغاية ، وان هذا النهى يتناول البيع المطلق والبيع بشرط التبقية . ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف مايصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرأيت إن أمنع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه . لم يحمل العلماء النهى على الإطلاق أى النهى عن البيع قبل الإزهاء ، بل رأت أنّ معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء ، فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع

واختلفوا اذا ورد البيع مطلقا فى هذه الحال . هل يحمل على القطع وهو الجائز . أو على التبقية الممنوعة ؟ فمن حمل الاطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال لايجوز ، ومن حمله على القطع قال يجوز . والمشهور عن مالك أن الاطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه انه محمول على القطع واما الكوفيون فحجتهم فى بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلة قد ابرت فتمرتها للبائع الا ان يشترطها المبتاع . قالوا فلما جاز ان يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا ، وحملوا الحديث الوارد بالنهى على بيع الثمار قبل أن تزهى على لندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فاذا جد الناس وحضر تقاضيهم ، قال المبتاع اصاب الثمر الزمان . . وامراض العاهات يذكرونها ، فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشورة يشير بها عليهم لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه . وربما قالوا ان المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : أرأيت إن أمنع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ! وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ، ولم يكن يرى رأى ابى حنيفة فى أن من ضرورة بيع الثمار القطع ، أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية .[١]

وهناك تطور يخفف من شدة بعض الاحكام السابقة نوردها فيما يلى :

١ ـ يستحسن محمد ـ جواز بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، وبشرط الترك ، اذ تناهى عظمه : « لأن مدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل اليسير فيما لايتحمل فيه الكثير مع أنه لايؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا » .

٢ ـ أنه وان كان ابو حنيفة وأبو يوسف يريان أن البيع فاسد فى الفرض السابق فانهما مع ذلك يجيزان فى البيع المطلق أن يترك المشترى الزرع فعلا فى الارض حتى ينضج ، باذن معتبر من البائع ـ سواء كان الاذن مجردا أو كان اذنا

---

(١) انظر بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ ص ١٢٢ ـ ١٢٦

ضمن اجارة باطلة ـ وتطيب الزيادة فى هذه الحالة للمشترى فلايجب عليه التصدق بها .

٣ ـ وإذا كانت الأئمة الثلاثة ـ ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد ـ يرون أن البيع بشرط الترك فاسد فيما لم يتناه عظمه ، فانهم جميعا فى هذه الحالة يجيزون فى البيع المطلق ترك الزرع فعلا فى الأرض حتى ينضج باذن معتبر من البائع ، وتطيب الزيادة للمشترى على الوجه السالف الذكر .

٤ ـ اما ذا لم يكن هناك اذن معتبر ـ بان لم يوجد الاذن اصلا أو كان الاذن ضمن اجارة فاسدة ـ فانه يجوز مع ذلك ترك الزرع فى الارض فعلا ، بل تطيب الزيادة للمشترى فيما تناهى عظمه من الزرع فلايتصدق بها ، وقد رأينا ان محمداً يذهب الى أبعد من ذلك ، فيجيز البيع بشرط الترك فيما تناهى عظمه .

٥ ـ وحتى فى الزرع الذى لم يتناه عظمه ، اذا بيع مطلقا ، ولم يكن هناك إذن معتبر فانه يجوز مع ذلك ترك الزرع فى الارض فعلا حتى ينضج . وإذا كانت الزيادة فى هذه الحالة لاتطيب للمشترى وعليه أن يتصدق بها ، فان هذا الحكم لايتعلق بالقضاء بل هو حكم فى الدين ، أما فى القضاء فان الزيادة تكون ملكا للمشترى ، والا لما جاز له أن يتصدق بها .[1]

واذا كان الحنفية والشافعية والحنابلة يجيزون بيع ماظهر من الزرع دون ما لم يظهر ، مع شيء من التردد فى المذهب الحنفى فى جواز البيع حتى فيما لم يظهر فالمالكية يجيزون بيع ماظهر من الزرع ومالم يظهر على السواء ، وذلك رغبة منهم فى تيسير التعامل .[2]

اما فى الفرض الثانى الذى يرد فيه محل الالتزام على شيء غير موجود اصلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المستقبل فقد اجمع الفقهاء المسلمون على مختلف المذاهب الاربعة فى هذه الحالة على بطلان العقد حتى لو كان وجود الشيء

(١) انظر فى هذا السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى الجزء ٣ سنة ١٩٥٣ ـ سنة ١٩٥٤م ص٢٤ ـ ٢٥ .

(٢) السنهورى المرجع السابق ص ٢٥

محققا فى المستقبل . لقد سلم الفقهاء ، كما راينا ، بان الشىء اذا كان موجودا فى اصله دون ان يوجد كاملا ـ كالزرع أوالثمر الذى لم يبد صلاحه وكالزرع الذى يوجد بعضه بعد بعض ـ فهذا الوجود الاصلى وان لم يكن وجودا كاملا يكفى لجواز التعاقد اما انعدام الشىء اصلا ، فقد اعتبروا فى هذه الحالة أن التعامل فى شىء منعدم وقت التعاقد ينطوى فى ذاته على غرر يفسد العقد . .

على أن تعامل الناس والحاجة أوجدا استثناءين على هذا المبدأ اذ أجاز الفقه الاسلامى بيع المعدوم فى السلم والاستصناع .

اما فى الفرض الثالث الذى يكون فيه محل التعامل غير موجود اصلا وقت التعاقد او كان موجودا فى اصله ولكنه فى الحالتين غير محقق الوجود فى المستقبل فان له خطر المعدوم ومن ثم يدخل عنصر الغرر من ذلك بيع اللبن فى الضرع وبيع حمل الدابة فى بطنها ، كل هذه بيوع تمكن فيها عنصر الغرر الفاحش ، فهى كالمقامرة لاتجوز ويعتبر العقد فى هذه الحالة باطلا بوجه عام وفقا للمذاهب الاربعة التى تبطل العقود التى تنطوى على الغرر الفاحش

ثانيا : يشترط أن يكون محل الالتزام التعاقدى ممكنا إذا كان امتناعا عن عمل :

اشترط الفقه الاسلامى ان يكون محل الالتزام التعاقدى ممكنا ، وامكان المحل فى الفقه الاسلامى هو القدرة على تسليمه ، ذلك أن المحل يجب أن يكون مقدور التسليم عند العقد .

واستحالة تسليم المحل أو المبيع تجعل العقد باطلا وفقا للفقه الاسلامى والفقه الغربى ، والاستحالة فى الفقه الاسلامى ، كما هى فى الفقه الغربى ، تجعل العقد باطلا . فاستحالة تسليم المبيع تبطل البيع . ويميز الفقه الاسلامى كالفقه الغربى ، بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، فالاولى دون الثانية هى التى تجعل العقد باطلا وان كانت هناك فروق فى المعايير بين الفقه الاسلامى والفقه الغربى فضلا عن ان الفقه الاسلامى ايسر فى تصور الاستحالة المطلقة .

ومثل الاستحالة المطلقة بيع الطير الذى كان فى يده اطار ، وبيع السمكة التى اخذها ثم القاها فى بحيرة اذا كان لا يمكنه اخذها دون الاصطياد ، اما اذا كان يمكنه اخذها من غير اصطياد فيجوز بيعها بلاخوف ، وكذلك بيع اللبن فى الضرع - وهو ايضا باطل للضرر كما قدمنا - وبيع الصوف على ظهر الغنم لاختلاط الموجود بالحادث .

ثالثا : **يشترط ان يكون محل الالتزام التعاقدى معينا أو قابلا للتعيين** :

يذهب الفقه الغربى بوجه عام الى انه إذا كان محل الالتزام شيئا وجب ان تكون ذاتية الشىء معروفة للمتعاقدين اذا كان الشىء معينا بالذات ، فاذا وقع العقد على شىء غير معين بالذات وجب ان يعين بجنسه ونوعه ومقداره فاذا وقع العقد على عمل أوامتناع عن عمل وجب ان تكون محل الالتزام معينا أوقابلا للتعيين .

أما فى الفقه الاسلامى فان المحل يتعين بالعلم به علما مانعا من الجهالة الفاحشة فالمحل يجب ان يكون معلوما علما يمنع من المنازعة فان كان مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فسد العقد ، والا كان العقد صحيحا .

ويجب فى هذا الخصوص التمييز بين فرضين : فاما أن يكون الشىء موجودا فى مجلس العقد واما أن يكون غائبا عن مجلس العقد .

فاذا كان الشىء موجودا فى مجلس العقد ، يكون العلم به بالاشارة اليه ، ولو كان فى مكان غير منظور كالسكر فى الكيس وهذا على مذهب الحنفية والحنابلة ، اما المالكية فلايصح عندهم بيع الشىء الحاضر فى مجلس العقد الا برؤيته على هذا ايضا مذهب الشافعى .

اما اذا كان الشىء غائبا عن مجلس العقد فانه يجب للعلم به وصفه وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة على مذاهب الحنفية والمالكية والحنابلة وهم فى هذا يتفقون مع الفقه الغربى ، اما الشافعى فى مذهبه الجديد فلايتعين عنده الشىء الابالرؤية ويذهب مذهبه القديم الى الاتفاق مع المذاهب الاخرى .

وفىالفقه الاسلامى كما فى الفقه الغربى اذا وقع العقد على نقود وجب ان

تكون معينة بنوعها ومقدارها ويرى الفقهاء المسلمون انه اذا اطلق الثمن عن ذكر الصفة انصرف الى المتعارف من نقد البلد فاذا تعددت العملات فى البلد الواحد ، وتساوت فى الرواج مع التفاوت فى المالية ولم يعين العقد احداها كانت هناك جهالة مفضية الى المنازعة ، فيفسد العقد .

كذلك ففى الفقه الاسلامى كما فى الفقه الغربى لايجوز ترك تعيين الثمن لمحض ارادة المشترى ولابيع الشىء بقيمته دون تحديد ثمن يكون معينا أوقابلا للتعيين ويذهب الفقه الاسلامى فى وجوب تعيين المحل الى مدى ابعد من الفقه الغربى فلايجيز كما يجيز الفقه الغربى ، أن يترك تقدير الثمن الى حكم اجنبى ويعتبره مجهولا جهالة فاحشة فلا يصح البيع .

ومن هذا يبين ان الفقه الاسلامى والفقه الغربى يتفقان من حيث المبدأ فى وجوب تعيين المحل ، الا ان الفقه الاسلامى ، من حيث التطبيق ، يتطلب قدرا من التعيين اكبر من القدر الذى يتطلبه الفقه الغربى ، ويرجع ذلك الى ان الفقه الاسلامى يتجنب دائما مظنة الغرر .

واذا وقع العقد على عمل ، وجب فى الفقه الاسلامى كما فى الفقه الغربى ، ان يكون محل الالتزام معينا أوقابلا للتعيين . وذلك على نحو مااشترطه كل من الفقهاء المسلمين والغربيّين فى عقد العمل وعقد الاجير المشترك وعقد الاستصناع .[1]

رابعا : يشترط ان يكون محل الالتزام التعاقدى صالحا للتعامل فيه

لا يجيز الفقه الاسلامى والفقه الغربى التعامل اذا تنافى فى هذا التعامل مع الغرض الذى خصص له الشىء .

وتأسيسا على ذلك لا يجيز الفقهاء المسلمون بيع الموقوف وان صح ايجاره ، ولا يجيزون بيع المسجد . والشىء لا يصلح للتعامل فيه فى الفقه الاسلامى اذا

---

(١) انظر البدائع المرجع السابق جزء (٤) ص ١٨٤ ، وانظر كذلك السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى المرجع السابق ص٧٧

أبت طبيعة الشيء هذا التعامل فيشترط أن يكون المبيع مالا متقوما مملوكا . فغير المال ، والمال غير المتقوم ، والمال المتقوم غير المملوك ، كل ذلك تأبى طبيعته التعامل فيه وكل عقد يرد على أى من الأشياء السابقة مطلقا .

فلا يجوز بيع المال المتقوم كالخمر والخنزير ، وقد يكون المال متقوما ولكنه غير مملوك كالسمك فى البحر والطير فى الهواء فهذا مال مباح لا يجوز التعامل فيه حتى يمتلك ويستولى عليه وهذا ما يذهب اليه بوجه عام الفقه الغربى ايضا . ولا يجوز التعامل فيما يتعارض مع النظام العام والآداب العامة فى الفقه الغربىّ وتعتبر القاعدة من قواعد النظام العام اذا قصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية واقتصادية او اجتماعية تتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع وتعلو على المصلحة الفردية ، اما الآداب العامة فهى مجموعة القواعد التى تحدد فى أمة معينة وفى جيل معين نمط السلوك الانسانى وفقا للتقاليد والعادات والمعتقدات الموروثة .

ويقابل فكرة النظام العام والآداب العامة فى الفقه الغربى ما يعرف عند فقهاء المسلمين (بحق الله) أو حق الشرع وحق الله أو حق الشرع يتجاوز ويزيد عن دائرة النظام العام والآداب كما يعرفها الفقه الغربى ، ويمكن ان نقول ان كثيرا من تطبيقات النظام العام والآداب فى الفقه الغربى ، بالرغم من انها تعكس حضارة وتقاليد البيئة والجيل الا أنه يمكن ان تدخل فى اطار ما يعتبر خارج دائرة التعامل فى الفقه الاسلامى ، ومن ذلك عدم جواز التنازل عن الحرية الشخصية فى الفقه الاسلامى واذا بيع انسان على أنه عبد وكان حرا فان البيع باطل واذا كان الرق مباحا فى الفقه الاسلامى فهذه حضارة العصور السابقة لم ينج منها عصر واحد فقد اعتبر ارسطو الرق قانونا طبيعيا ولكن الاسلام لم يبح الرق ابتداءا وانما اقتصر على تهذيب احكامه ووضع القواعد التى تكفل القضاء عليه تدريجيا ، كذلك لا تجوز الرشوة او الوساطة فى الوظائف العامة وفقا للفقه الاسلامى ويعد هذا عملا غير مشروع فالاتفاق عليه باطل ، ولا يجوز النزول عن العقوبات العامة ولا الصلح عليها ولا الإبراء منها ولا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، فلا يصح النزول عن البنوة ولا الصلح

على النسب بل ان التبنى غير جائز فى الفقه الاسلامـى ، ولا يستـطيع ولا يستطيع شخص ان ينزل عن اهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها بالاتفاق وتقع امثال هذه الاتفاقات باطلة بطلاناً مطلقا . ولا يجيز الفقه الاسلامى النـزول مقدما عن حق مطالبة من يجب عليه النفقة له ، كما لا يجيز الفقهاء المسلمون بوجه عام عقود الغرر والربا .

المطلب الثالث

ركن السبب

اصطلاح السبب مرادف لكلمة غاية ، أى الغرض الذى يرمى الى تحقيقه من يلتزم بمقتضى العقد ، أى السبب القصدى .

تعتبر الغاية عنصرا من عناصر ارادة المتعاقد الذى يلتزم بحيث يمكن القول بأن كل شخص يلتزم انما يرمى من وراء تعاقده الى تحقيق غاية معينة ، والوصول الى هدف معين . فارادته مؤسسة دائما على الرغبة فى الوصول الى نتيجة او تحقيق غرض فمن المستحيل ان تعمل الارادة بدون سبب ، وبعبارة اخرى تعتبر الغاية عنصرا من عناصر الارادة المنتشئة للالتزام ، فلا التزام بدون غاية فكل فرد يتعاقد يبدأ بأن يلتزم ، ولكنه يقصد تحقيق غرض معين ، ويختلف هذا الغرض تبعا لطبيعة الالتزام ، أى تبعا لطبيعة العقد الذى يتولد عنه الالتزام .

وتختلف المذاهب الاسلامية فى نظرتها الى سبب الالتزام التعاقدى فمن هذه المذاهب ما يختلط فيه السبب بالمحل فلا يعتد بالسبب أى بالباعث على التعاقد الا حيث يتضمنه التعبير عن الارادة فاذا لم يتضمن التعبير عن الارادة السبب أو الباعث على التعاقد لا يعتد به وهذا ما أخذ به الفقه الحنفى والفقه الشافعى وهو يطابق الفقه الالمانى الذى لا يعتد بالسبب كذلك أو بالباعـث الا اذا تضمنه التعبير عن الارادة .

ومن المذاهب الاسلامية ما تتغلب فيه العوامل الادبية والخلقية والدينية فيعتد

بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الارادة وهذا ما أخذ به الفقه المالكى والفقه الحنبلى وفى بعض المذاهب الاخرى من غير مذاهب اهل السنة كمذهب الزيدية والجعفرية والظاهرية وهذا الفكر يطابق الفقه اللاتينى الذى يعتد بالباعث على التعاقد ولو لم يتضمنه التعبير عن الارادة ويكون العقد تبعا لذلك صحيحا أو تبعا لما اذا كان الباعث مشروعا أو غير مشروع .

الفصل الثانى
أحكام العقد

المبحث الأول : العقد شريعة المتعاقدين

من المبادىء القانونية العامة ان العقد شريعة المتعاقدين أى أن المتعاقدين ملزمون بمراعاة شروط العقد كما يلتزمون باتباع قواعد القانون ، وبعبارة اخرى يجب عليهم احترام العقد وتنفيذ شروطه كما يجب على سائر الافراد اطاعة او امر القانون فيلتزمون بتنفيذ ما ابرموه من تعهدات كما لو كانت مفروضة قانونيا .

وسواء ورد النص على هذا المبدأ فى مختلف التشريعات أو لم يرد ، فان ذلك لا ينفى كونه مقررا فى سائر التشريعات العالمية .

آثار القوة الملزمة للعقد : ـ

يمكن تلخيص آثار القوة الملزمة للعقد فيما يأتى : ـ

- الاثر الاول : التزام المتعاقد بتنفيذ ما تعهد به بالذات .
- الاثر الثانى : اذا تأخر المتعاقد فى التنفيذ وامتنع عن تنفيذ التزامه فانه يلزم بالتعويض قبل المتعاقد الاخر .
- الاثر الثالث : لا يمكن انهاء العقد الا بتوافق جديد بين المتعاقدين ، ويظل المتعاقدان مادام العقد قائما ملتزمين بما تحملا به من التزامات .
- الاثر الرابع : ليس للقاضى ان يعدل فى شروط العقد ، بل انه ملزم باحترامها

طالما أن العقد لا يحتوى على شرط غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو الاداب .

وفيما يلى بيان لهذه الاثار بشىء من التفصيل :

اولا : الالتزام بما تعهد به المتعاقد بالذات :

يلتزم المتعاقد بتنفيذ ما تعهد به والقيام بما وعد ان يؤديه ويمكن اجباره على ذلك بتدخل السلطة العامة ، ولمن تعاقد معه حق الزامه بتنفيذ ما تعهد به بالذات . ولا يلزم بالاكتفاء بمجرد التعويضات ، فطالما ان التعهد ممكن تنفيذه عينا فللمتعاقد الحق فى طلب التنفيذ المباشر .

ثانيا : الحق فى التعويض للاخلال بالالتزام التعاقدى .

اذا تأخر المتعاقد فى التنفيذ فانه يكون مسئولا قبل دائنه عن تعويض الضرر الذى لحقه من جراء هذا التأخير ، وهذا ما يسمى بتعويض التأخير .

فاذا أجل المدين بالتزامه أو امتنع عن تنفيذه ، وكان لا يمكن قهره على التنفيذ العينى فانه يلتزم بدفع تعويض عن عدم التنفيذ يوازى الضرر الحاصل للمتعاقد الاخر والتعويضات المستحقة لعدم التنفيذ ان تعوض بالضبط الخسارة او الضرر الذى لحق بالدائن من جراء عدم التنفيذ فهى عبارة عن تعويض ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تمام الصفقة ، فعناصر تقدير التعويض هى الخسارة المحققة والكسب المفقود ..

والمدين المتعاقد لا يعفى من التعويضات الا اذا كان عدم التنفيذ راجعا الى سبب خارج عن ارادته ولا تمكن نسبته اليه .

ثالثا : عدم جواز انهاء العقد بارادة منفردة :

الاصل انه لا يمكن انهاء العقد الا باتفاق جديد أو لسبب يجيزه القانون ، فليس فى وسع احد العاقدين ان يتخلص من تعهده بارادته وحده ولو لم ينفذ المتعاقد الاخر ، ولكن القانون يصرح بامكان انهاء العقد للاسباب التى يجيزها وهذه الاسباب هى الاتية :

١ ـ فى حالة العقود التبادلية : اذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه

يستطيع الطرف الاخر ان يرفع دعوى المطالبة بفسخ العقد ، فمجرد عدم قيام احد الطرفين بتنفيذ التزامه لا يكفى لفسخ العقد ، ولكنه يجيز للطرف ان يطالب امام القضاء بفسخه ، وهذه القاعدة لا تنطبق الا على العقود التبادلية ..

٢ ـ **حالات انهاء العقد بقوة القانون** : فمثلا فى الايجار اذا هلك الشىء المؤجر ينتهى عقد الايجار بقوة القانون ، وكذلك فى شركات الاشخاص ينتهى العقد بموت أحد الشركاء كما ينتهى عقد العمل بقوة النظام فى حالة وفاة العامل .

٣ ـ **وفى حالات استثنائية يمكن انهاء العقد بارادة احد الطرفين فحسب** : ففى العقود غير المحددة المدة يستطيع احد المتعاقدين ان ينهى العقد بارادته وحده ، ففى حالة ايجار العقارات مثلا اذا كان الايجار حاصلا لمدة غير معينة فانه يجوز لكل من الطرفين ، المستأجر أو المؤجر ، ان ينهى العقد بشرط مراعاة القواعد الخاصة بمهلة التخلية . كذلك فى عقد العمل غير المحدد المدة لكل من رب العمل والعامل ان ينهى العقد بارادته المنفردة ، مع مراعاة شروط النظام العام او العقد فى هذا الخصوص .

ومن ذلك ايضا الجمعيات المكونة لمدة غير محددة ، وهذه هى الحالة الغالبة فى الجمعيات ، يستطيع كل عضو أن ينسحب من الجمعية فى أى وقت .

رابعا : لا يجوز للقاضى كقاعدة عامة تغيير شروط العقد :

ليس للقاضى أن يعدل فى شروط العقد الواضحة حتى ولو بدا له انها لا تتفق مع العدالة الا فى احوال استثنائية ووفقا لاحكام النظام .

المبحث الثاني : انحلال القوة الملزمة للعقد

تنحل القوة الملزمة للعقد اما بفسخه أو الغائه أو الرجوع فيه أو بطلانه .

وكل ما بين الفسخ والالغاء من خلاف هو ان الفسخ ينهى العقد بأثر رجعى ،

فترد الحالة الى ما كانت عليه قبل انعقاده بأن يرد كل من الطرفين ما قبضه الى الطرف الاخر اما الالغاء فانه ينهى العقد بالنسبة للمستقبل فقط دون تأثير على الماضى وذلك كالغاء الوكالة بارادة احد الطرفين . أو الغاء عقد الايجار بانتهاء مدته او بسبب هلاك الشيء الموجود ، وهو لا يكون الا فى العقود المستمرة كعقد الايجار وعقد الوكالة اما العقود الفورية فلا تنحل قوتها الملزمة الا بفسخها كالبيع مثلا .

اما زوال القوة الملزمة للعقد بالرجوع فيه فليس من الاهمية بحيث يستوجب التعمق فى دراسته ، اذ انه قاصر على عقد واحد هو عقد الهبة وبشروط خاصة .

اما البطلان مطلقا اذا لم تتكامل اركان العقد ، كانعدام رضاء احد الطرفين المتعاقدين فى حالة التعاقد مع مجنون او صبى غير مميز ، او عدم اتفاق الطرفين للنظام فى حالة البيع على الشيء المبيع او الثمن ، او اذا كان محل العقد أو سببه مخالفا للنظام العام أو الاداب ، ففى مثل هذه الحالات لا ينتج العقد اى اثر قانونى ، فيقال انه باطل بطلانا مطلقا .

وقد تكون ارادة احد الطرفين معيبةً اما لانها صادرة من شخص ناقص الاهلية لم تكتمل اهليته بالطريق الشرعى ، واما لانها مشوبة بعيب من عيوب الرضاء التى سبق بيانها (الغلط والتدليس والاكراه) فلحماية ذوى المصلحة من نتائج هذا العقد يجيز القانون ابطاله . فيقال ان العقد قابل للابطال أو انه باطل بطلانا نسبيا .

من ذلك يتضح ان هناك درجات مختلفة لانحلال القوة الملزمة للعقد يحصل تمييزها عادة باستعمال اصطلاحات البطلان المطلق والبطلان النسبى او القابلية للابطال .

اذا فرضنا عقدا مخالفا للنظام العام أو عقدا يدخل بطبيعته فى طائفة العقود الرسمية تم بدون مراعاة الشكل المفروض ، أو كان سبب الالتزام أو محله غير

مشروع فيقال فى هذه الحالات ان العقد باطل بقوة القانون ، وبعبارة ادق باطل بطلانا مطلقا .

فما هى خصائص هذا البطلان ؟ يقال غالبا ـ وهذه هى الخاصة التى يقصد الى ابرازها باصطلاح البطلان بقوة القانون الذى كثيرا ما يستعمل للتعبير عن البطلان الذى من هذا النوع ـ ان العقد لا يكون له وجود قانونى ، وانه لا حاجة اذن الى الالتجاء الى القضاء لتقرير بطلانه اذ أن البطلان يتقرر فى هذه الحالة بقوة القانون نفسه . ولكن هذا تكييف خاطىء فى اعتقادنا ، فلا مناص من الالتجاء الى القضاء لمن يريد الاحتجاج ببطلان عمل قانونى ولو بصفة اصلية ومطلقة . ويستنتج ذلك من قاعدتين اساسيتين من قواعد الاجراءات هما : انه لا يحق لاحد أن يأخذ حقه بنفسه اى باستعمال الاكراه المباشر . وان السند يظل قائما مادام موجوداً أى مادام أن ظاهر السند يخدع بصحته فانه ينتج أثره مؤقتا طالما أن من يحتج به لم يجابه ببطلانه ، فاذا فرضنا مثلا أن شخصا عقد عقدا شكليا دون اتباع الشروط التى الزم بها القانون ، واراد بعدها ان يسترد الشىء المتعاقد عليه ممن سلم له ، فلا يستطيع ان يسترده بالقوة بل يجب ان يلجأ الى القضاء ليحصل على حكم بذلك ، وقد يعترض بأنه لا يرفع هنا دعوى بطلان ، وانما دعوى استحقاق بصفته مالكا ، ولكن الواقع ان قبول هذه الدعوى مرهون باثبات بطلان السند الذى آلت الحيازة بموجبه الى الحائز ، فالقاضى مضطر لكى يحكم باحقية المدعى فى الاستحقاق ان يفصل اولا فى بطلان العقد .

والقابلية للابطال او البطلان النسبى لا يترتب على مخالفة قاعدة شرعية تستند الى النظام العام ، بل ان الاسباب الاساسية التى من شأنها ان تجعل العقد قابلا للابطال هى الاتية :

١ ـ ان تكون ارادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضاء .

٢ ـ ان يكون المتعاقد ناقص الاهلية وصدر منه التصرف بدون مراعاة القواعد القانونية بكمال اهليته .

فالبطلان النسبى او القابلية للابطال يتميز تماما عن البطلان المطلق ، فهو وسيلة مقررة لحماية منفعة خاصة ، وهذه الحماية تمتد الى الاشخاص الذين يقعون فى الغلط او يكونون فريسة الاكراه أو التدليس المدبر ضدهم ، أو الذين لم تكتمل لهم الاهلية الكافية لمباشرة مختلف الروابط القانونية ، فأحسن وسيلة لحماية هؤلاء الاشخاص ليست اعدام العقد لان مثل هذا العلاج لا يتناسب مع الغاية منه ، ولكن جعل بقاء العقد منوطا بارادة ذى المصلحة ، فاذا ما وجده فى صالحه فانه يجيزه ، والا كان فى وسعه ان يطلب إبطاله .

وتختلف آثار البطلان النسبى عن آثار البطلان المطلق ، وليست اهم اوجه الخلاف ان العقد يظل منتجا لاثاره كما لو كان صحيحا طالما انه لم يطلب ابطاله ، فقد رأينا ان هذا ما يحدث عملا فى حالة البطلان المطلق ، بل ان الخصائص الحقيقية للبطلان النسبى التى تتعارض تماما مع خصائص البطلان المطلق هى الاتية :

١ ـ بينما يستطيع كل ذى مصلحة ان يحتج بالبطلان المطلق ، نجد ـ بالعكس ـ حق رفع الدعوى او التمسك بالدفع القائم على البطلان النسبى قاصرا على الاشخاص الذين قصد حمايتهم بتقرير البطلان فمثلا : اذا اشترى قاصر عقارا بدون ان يمثله وصيّه فى الشراء فله وحده ان يطلب ابطال البيع ، ولكن البائع لا يستطيع ذلك ، ولهذا السبب اطلق على القابلية للابطال اسم البطلان النسبى .

٢ ـ يمكن تصحيح العقود القابلة للابطال باجازة من له الحق فى طلبه فتعود للعقد كل قوته ويعتبر كأنّه لم يكن مشوبا بأى عيب اذا توافر شرطان :

ا ـ ان تكون الاجازة حاصلة بعد العلم بالعيب الذى يشوب العقد .

ب ـ تشترط بعض التشريعات ان يكون السبب الذى قرر القانون من اجله البطلان قد زال وقت صدور الاجازة ، بان يكون ناقص الاهلية قد استكمل اهليته ، أو ان يكون الاكراه قد زال أو انكشف الغلط أو انفصح التدليس .

ويمكن بوجه عام القول ان العقد الباطل فى الفقه الاسلامى يماثل فى حالاته العقد الباطل فى الفقه الغربى ، وهو يماثله ايضا فى احكامه[1] .

فالعقد الباطل فى الفقهين لا وجود له الا من حيث الصورة ، فليس له وجود قانونى ولا ينتج اثرا كتصرف شرعى . ومن ثم لا يملك احد العاقدين ان يجبر الاخر على تنفيذ عقد باطل ، واذا نفذه العاقد باختياره ، علم ببطلانه أو لم يعلم ، كان له ان يسترد ما نفذه .

كذلك فالعقد الباطل مطلقا فى الفقهين غير موجود شرعا ، فلا يتصور ان تلحقه الاجازة أو أن يرد عليه التقادم ، وكل ما يمكن عمله هو أن يعاد العقد من جديد . والفرق واضح بين اجازة العقد وعمل العقد من جديد ولكل ذى مصلحة ان يتمسك بالبطلان المطلق ويجوز للقاضى ان يحكم من تلقاء نفسه به .



(١)ـ انظر السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى المرجع السابق ص ٢٦٢



الجزء الثاني

مبادئ القانون التجاري السعودي

الباب الأول : ماهية ونطاق القانون التجاري

الباب الثاني : التاجر

الباب الثالث : المحل التجاري

الباب الرابع : الأحكام العامة للشركات التجارية

الباب الخامس : أنواع الشركات وفقاً للنظام السعودي

الباب السادس : الإفلاس



الباب الأول

ماهية ونطاق القانون التجاري

الفصل الأول

تعريف القانون التجاري ومصادره

المبحث الأول : تعريف القانون التجاري

يعرف القانون التجارى بأنه ذلك الفرع من القانون الخاص الذى يحكم الأعمال التجارية ونشاط التجار فى ممارسة تجارتهم . وقد نشأ القانون التجارى وتطور فى البيئة التجارية نتيجة ضرورات اقتصادية استوجبت وضع تنظيم قانونى خاص يخضع له التجار وكذلك المعاملات التجارية ، حتى يتلاءم هذا التنظيم مع مقتضيات التجارة وطبيعتها ، ذلك لأن المعاملات التجارية طابعها السرعة ، وقوامها الأئتمان .

والسرعة من اهم ما يميز النشاط التجارى ، فالتاجر فى الغالب يشترى ويبيع كميات من البضائع ويمارس عديدا من العمليات التى ينظمها القانون التجارى فى اليوم الواحد ويبرم الصفقات والعقود المتصلة بتجارته بوساطة

البرقيات والمحادثات التليفونية وهذه السرعة فى انجاز الاعمال التجارية وفى القيام بالتصرفات اقتضت عدم التقيد ببعض الشكليات التى يتطلبها النظام فى المعاملات المدنية العادية .

فالسرعة اذا من اهم مقومات النشاط التجارى ، ويكفل القانون التجارى هذه السرعة بتبسيط الاجراءات فى انعقاد العقد وفى اثباتـه ، وكذلك يحقـق القانون التجارى السرعة بتسهيل تداول الحقوق بالتظهير أو بالتسليم دون تقيد باجراءات الحوالة المدنية .

والقانون التجارى يضع كذلك من القواعد ما يحمـى الأئتمان ، ذلك ان اغلب العمليات التجارية تتم بأجل : فالبنك يقرض المشترى على أن يسدد بعد بيع البضائع وتاجر الجملة يبيع لتاجر التجزئة باجل وهكذا يرتبط عدد كبير من الأشخاص بروابط متتابعة اساسها الثقة المتبادلة بينهم بحيث اذا اخل احدهم بهذه الثقة ادى اخلاله الى سلسلة طويلة من اضطراب المعاملات ، لذلك يوقع القانون التجارى جزاءات شديدة على من يخلّ بالأئتمان التجارى ، ويتمثل ذلك فى نظام الافلاس وشدته على التاجر الذى يتوقف عن الدفع .

ولا ينبغى ان يفهم مما تقدم ان السرعة والأئتمان اللتين تقتضيهما المعاملات التجارية وكذلك الضروريات العملية الأخرى التى استوجبت وضع قواعـد خاصة للقانون التجارى قد فصمت عرى الصلة بين كل من القانون التجارى والقانون المدنى لأن القانون الأخير يشتمل على القواعد التى تحكم العلاقات القانونية بين الأفراد بصرف النظر عن مهنهم ونوع معاملاتهم ، فهو الشريعة العامة للقانون الخاص فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى قانون آخر ، ولكن هذا لا يعنى ايضا ان قواعد القانون التجارى استثنـاءات وردت على القانـون المدنى ، ولكن القانون التجارى يعتبر فرعا مستقلا من فروع القانون الخاص له ذاتيته الخاصة وطبيعته المتميزة ، وتنطبـق قواعـده على الاعمال التجـارية ونشاطات التجار ، ولكن اذا لم يرد حكم فى القانون التجارى يتعين الرجوع إلى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة التى تحكم علاقات الأفراد فى معاملاتهم

ونشاطاتهم الخاصة واذا كان القانون المدنى يتسم بالثبات والاستقرار فان القانون التجارى طابعه التطور المستمر لأن احكامه تساير فى تطورها مقتضيات التجارة وضروراتها العملية .

المبحث الثانى : تطور قواعد القانون التجاري

نشأت قواعد القانون التجارى فى أول الأمر كعادات وتقاليد استقرت بمرور الزمن فى شكل اعراف التزم بها التجار فى معاملاتهم التجارية ، وهذه الاعراف هى المصدر الأول الذى استمدت منه التشريعات احكام القوانين التجارية ، ولذا فان من الأهمية بمكان ان نعرض فى إلمامة سريعة لتاريخ القانون التجارى .

وقد وجدت اقدم آثار لمصادر قواعد القانون التجارى فى حوض البحر الأبيض المتوسط وهو أمر منطقى لملاءمة طقس هذه المنطقة وموقعها الجغرافى لتكون مهد الحضارة الإنسانيّة وقد اثبتت الوثائق التاريخية ان قدماء المصريين نشطوا فى التجارة حتى وصلت سفنهم الى السواحل الجنوبية للبحر الأحمر وحتى اليمن ، كما تبادلوا التجارة مع سكان جزيرة كريت ومع ذلك فان الأبحاث التاريخية لم تسفر عن معرفة كاملة للقواعد التى كانت تنظم تجارتهم الخارجية والداخلية .

وقد اشتهر البابليون كذلك بممارسة التجارة ، وتضمن قانون حامورابى الذى وضع حوالى عام ١٧٣٠ قبل الميلاد قواعد خاصة بالوديعة والوكالة بالعمولة ، والشركة كما اشتمل قانون حامورابى على (٢٨٢) مادة ويعد من اقدم المدونات القانونية فى العالم على الاطلاق .

كذلك انتشرت تجارة الفنيقيين منذ القرن الحادى عشر قبل الميلاد واليهم يرجع فضل وضع اساس نظام الخسارات البحرية المشتركة فى صورته البدائية المتعلقة بالقاء البضائع فى البحر والتضحية بها عند تعرض الرحلة للهلاك اذ

قرروا قاعدة تقضى بأن يشارك اصحاب السفينة وأصحاب البضائع التى نجت نتيجة التضحية فى تعويض اصحاب البضائع التى تمت التضحية بها ، كل بحسب قيمة ما تعرض من امواله لخطر الهلاك ثم تضمن هذه القاعدة قانون رودس الذى وضع عام ٩١٦ قبل الميلاد .

كذلك ادلى الإغريق بدلوهم فى تطوير قواعد القانون التجارى وخاصة بعض قواعد التجارة البحرية ومن ذلك نظام قرض المخاطر الجسيمة ويقدم وفقا له أحد الممولين قرضا لمالك السفينة أو البضائع بفائدة مرتفعة ولا يلتزم المقترض بسداد القرض وفوائده الا اذا تمت الرحلة البحرية بسلام فان هلكت اعفى من السداد وهذا العقد هو الأساس التاريخى لنظام التأمين فى رأى بعض الباحثين فى تاريخ التأمين قبل أن يأخذ صورته الحديثة .

وفى العهد الوسيط طورت المدن البحرية فى ايطاليا بعض القواعد التجارية كتلك التى تتعلق باعمال البنوك والإفلاس والشركات والأوراق التجارية .

ثم نشط المسلمون فى القرنين السابع والثامن الميلاديين فى ممارسة التجارة ودعم الخلفاء طرق التجارة واصبح المسلمون بحارة المحيطات وقد ترك فقهاء المسلمين ثروة هائلة من الفقه والاحكام الخاصة بالمعاملات التجارية المدنية فوضعوا نظاما متكاملا للشركات وعرفوا الكمبيالة وهى اهم الأوراق التجارية وسموها (السفنجة) كما عرفوا نظام الإفلاس وقواعد الخسارة البحرية واطلقوا عليها (العوار البحرى) .

وعندما فقدت ايطاليا سيادتها التجارية بعد التوسع العثمانى وتم اكتشاف امريكا وطريق رأس الرجاء الصالح تحول النشاط التجارى من حوض البحر الأبيض المتوسط الى الدول المطلة على المحيط الاطلنطى وبحر الشمال كانجلترا وفرنسا واسبانيا والبرتغال وهولندا .

وقد اتجهت التشريعات التجارية فى تلك المنطقة الى ثلاثة اتجاهات تشريعية رئيسية ، الاتجاه اللاتينى وقد استمدت منه تشريعات اغلب البلاد العربية متأثرة بالقانون الفرنسى ، والاتجاه الأنجلو امريكى ويسود انجلترا

ومستعمراتها السابقة والولايات المتحدة الامريكية وكندا واستراليا ، والنظام الجرماني وهو السائد فى المانيا ودول اوروبا الوسطى وقد تأثرت به تشريعات سويسرا واليابان وتركيا .

المبحث الثالث : تاريخ القانون التجاري في المملكة العربية السّعودية

تعد الشريعة الاسلامية هى الشريعة العامة التى تحكم نشاط الشخص طبيعيا كان او معنويا فى المملكة العربية السعودية ويعنى القانون التجارى بناحية من هذا النشاط هى التى تتصل بالحياة التجارية .

ولقد كان طبيعيا ان تكون الشريعة الاسلامية هى الاساس الاول الذى استند اليه التشريع السعودىّ ، كما استند هذا التشريع الى مصادر اخرى من التشريعات الاجنبية بما لايتنافى مع احكام الشريعة الاسلامية .

وقد صدر نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ كتقنين تجارى متكامل ينطوى على أكثر من ستمائة مادة تنظم التجارة البرية والتجارة البحرية والقضاء التجارى ، ومازال هذا التشريع قائما حتى الان وان كان معطلا فى جزئه الخاص بالمحكمة التجارية كما الغيت منه الاحكام الخاصة بالاوراق التجارية والشركات بصدور نظام الاوراق التجارية ١٣٨٣هـ ، ونظام الشركات ١٣٨٥هـ .

وانه وان كان هذا التشريع يغلب عليه القدم والاضطراب خاصة وقد نقلت بعض ابوابه حرفيا من التقنين العثمانى كالباب الخاص بالتجارة البحرية ، فان صدوره كان علامة بارزة على طريق الاصلاح والوضوح بالنسبة للقواعد التى تحكم المعاملات التجارية فقد توالت بعد صدوره التشريعات التجارية كما وضع المشرع السعودى القواعد الخاصة بتشكيل محاكم تجاربة للفصل فى المنازعات التجارية وتقوم هيئات حسم المنازعات التجارية وغيرها ، كاللجان المركزية لقضايا الغش التجارى ـ بالفصل فى هذا النوع من المنازعات .

هذا ومن الجدير بالذكر ان اساس النشاط التجارى فى المملكة هو حرية

التجارة وتشجيع المبادرات الفردية ومع ذلك تقوم الحكومة بواجبها فى مقاومة جشع بعض التجار فى بعض الفترات وتدخلت اكثر من مرة للحد من ارتفاع الاسعار [(١)] ، ولتحديد ارباح التجار ، ولتنظيم بعض صور التجارة والاستيراد حماية لجمهور العملاء كالمزارعين مثلا .

وبالاضافة الى ذلك كله فان هناك قطاعا عاما كبيرا فى المملكة يضم السكك الحديدية ونشاطات المؤسسة العامة للبترول والمعادن(بترومين) وشركاتها وصناعة الاسمدة والائتمان الزراعى وكذلك صوامع الغلال ومطاحن الدقيق وتتجه سياسة الدولة على مايبدو الى توسيع هذا القطاع العام وخاصة فى بعض المجالات الحيوية التى تتعلق بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية .

المبحث الرابع : مصادر القانون التجاري

من المسلم به ان مصادر القانون التجارى لاتختلف عن مصادر فروع القانون الاخرى والمصدر الاول والاساسى لجميع القوانين والانظمة فى المملكة هو الشريعة الاسلامية والى جانبها هناك التشريع والعرف واحكام القضاء واراء الفقهاء التى لاتخالف احكام الشريعة الاسلامية ونكتفى هنا بالاشارة الى كل من التشريع والعرف .

---

(١) صدرت فى المملكة عدة قرارات للتسعير الجبرى للمواد الغذائية وانظر كذلك القرارات الصادرة من صاحب السمو الملكى وزير الداخلية بعقاب بعض التجار المخالفين لقرارات الاسعار ، وخاصة ماصدر من سموه بتاريخ ١٣٩٨/١٢/١٨هـ . وانظر كذلك على سبيل المثال خطاب نائب جلالة الملك الى امين العاصمة فى ١٣٥٨/١١/١٥ بفرض حد اقصى من الربح لتجار السكر هو ١٠٪ وكذلك الامر الملكى فى ٧٤/٦/١٧ بتحديد ربح مستوردى السيارات بما لايجاوز ١٥٪ وانظر ايضا قرار مجلس الوزراء رقم ٨٥ فى ٧٣/١٠/٢٠ وقراره رقم ٨٥ فى ١٩٧٤/٧/٢٣م بشأن تنظيم استيراد الالات الزراعية . وغير ذلك من القرارات التى تصدر دوريا لتحقيق هذا الهدف .

المطلب الأول

التشريع

التشريع هو اهم مصادر القانون التجارى فى المملكة بعد القواعد الاساسية للشريعة الاسلامية فهو الذى يرجع اليه قبل اى شىء للبحث عن حكم النزاع المعروض وتوجد فى المملكة مجموعة خاصة بالقانون التجارى صدر بها نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ . وتحتوى هذه المجموعة على ستمائة مادة تنطوى على الاحكام الخاصة بالتجارة البرية والتجارة البحرية والقواعد الخاصة (بالمجلس التجارى) وقد نقلت الكثير من القواعد التى تضمنها نظام المحكمة التجارية من القانون التركى القديم .

والى جانب هذا التشريع الرئيسى اصدر المشرع السعودى عددا كبيرا من الانظمة فى مجال النشاط التجارى ومن اهم هذه الانظمة مايأتى :

١ ـ نظام الشركات الصادر عام ١٣٨٥هـ .

٢ ـ نظام تسجيل الشركات الصادر عام ١٣٦٧هـ .

٣ ـ نظام الاوراق التجارية الصادر عام ١٣٨٣هـ .

٤ ـ نظام السجل التجارى ولائحته التنفيذية الصادر عام ١٣٧٥هـ .

٥ ـ نظام الشركات التجارية التى تعمل فى حقل البترول الصادر عام ١٣٨٩هـ .

٦ ـ نظام الغرفة التجارية الصادر عام ١٣٦٥هـ .

٧ ـ نظام حماية وتشجيع الصناعات الوطنية الصادر عام ١٣٨١هـ .

٨ ـ نظام استثمار رأس المال الاجنبى الصادر عام ١٣٩٩هـ .

٩ ـ نظام التعدين الصادر عام ١٣٩٢هـ .

١٠ ـ نظام الوكالات التجارية الصادر عام ١٣٨٢هـ .

١١ ـ نظام تسجيل العلامات الفارقة الصادر عام ١٣٥٨هـ .

١٢ ـ نظام الاستيراد الصادر عام ١٣٧٦هـ .

١٣ ـ نظام مكافحة الغش التجارى الصادر عام ١٣٨١ هـ .

١٤ ـ نظام المعايرة والمقاييس الصادر عام ١٣٨٣هـ .

١٥ ـ نظام المناقصات والمزايدات الصادر عام ١٣٨٦هـ .

١٦ ـ نظام مؤسسة النقد العربى السعودى الصادر عام ١٣٧٧هـ .

١٧ ـ نظام مراقبة البنوك الصادر عام ١٣٨٦هـ .

١٨ ـ نظام البنك الزراعى السعودى الصادر عام ١٣٨٢هـ .

١٩ ـ نظام المؤسسة العامة لخطوط حديد حكومة المملكة الصادر عام ١٣٨٦هـ .

٢٠ ـ نظام المؤسسة العامة للبترول والمعادن الصادر عام ١٣٨٢هـ .

٢١ ـ نظام شركة الاسمدة العربية السعودية (سافكو) الصادر عام ١٣٨٥هـ .

٢٢ ـ نظام شركة تعدين الاملاح السعودية الصادر عام ١٣٨٣هـ .

٢٣ ـ نظام المؤسسة العامة لصوامع الغلال ومطاحن الدقيق الصادر عام ١٣٩٢هـ .

٢٤ ـ نظام مقاطعة اسرائيل الصادر عام ١٣٨٢هـ .

٢٥ ـ نظام تأمين مشتروات الحكومة عام ١٣٩٧هـ .

وقد اجرى المشرع تعديلات جزئية على بعض تلك التشريعات ، ويجب الرجوع فيما لم يرد بشأنه نص فى التشريعات التجارية الى احكام الشريعة العامة وهى الاحكام المدنية التى تستمد فى المملكة اساسا من الشريعة الاسلامية الغراء .

المطلب الثانى

العرف

نشأت قواعد القانون التجارى اول الامر عادات متعارفا عليها فى البلدان المختلفة ، وقد توالى الاخذ بهذه العادات حتى استقر احترامها فى النفوس ، واصبح لها قوة الزام ذاتية . ولم يفقد العرف اهميته بزيادة الاتجاه الى التقنين

منذ اواخر القرن السابع عشر .

من امثلة العرف التجارى افتراض التضامن بين المدينين بدين تجارى اذا تعددوا وذلك خلافا للقاعدة المدنية الخاصة بان التضامن لايفترض ، وكفاية الخطابات العادية لاعذار المدين بدلا من اعذاره بورقة من اوراق المحضرين .

وقد يكون العرف خاصا بجهة معينة ويطلق عليه العرف المحلى ، وقد يكون عاما يسرى فى جميع انحاء الدولة . كذلك قد يكون العرف دوليا اذا لم يقتصر تطبيقه على دولة واحدة ، ويظهر هذا العرف بصفة خاصة فى المسائل البحرية .

ويجب على صاحب الشأن اثبات وجود العرف ، ويكون له ذلك بكافة طرق الاثبات ، وقد جرى العمل على اثبات العرف عن طريق تقديم الشهادات الدالة على وجوده من الغرف او المؤسسات التجارية . غير ان المحاكم لاتلتزم بالاخذ بهذه الشهادات ولها حرية تقدير وجود العرف من عدمه على اى طريق آخر . وقد اختلف فيما اذا كان يجوز للقاضى ان يقرر وجود العرف مستندا الى معلوماته الشخصية . ومن رأينا انه لامانع من ذلك لان العرف قاعدة قانونية ويدخل فى اختصاص القاضى تطبيق القانون على المعروض عليه سواء اكانت قاعدة القانون او النظام تشريعية او عرفية .

ويختلف العرف عن العادة . فالعادة تنشأ فى اول الامر فى صورة شروط يتواضع المتعاقدون على ادراجها فى العقد ، وهى فى هذه المرحلة لاتعتبر عادة بل تعتبر جزءا من اتفاق الطرفين . فاذا شاع الاتفاق على هذه الشروط جاز القول انها اصبحت عادة .

فاذا اصبحت العادة واضحة ومحددة وتواتر الاخذ بها وتطبيقها وتواضع الناس الى احترامها لمدة طويلة ولم تكن تخالف النظام العام او الاداب فإنّها تصبح جزءاً من ضمير الجامعة وتنقلب الى عرف يكون له قوة القانون . فالعادة هى مصدر العرف ، وتحديد الوقت الذى تصبح فيه العادة عرفا امر بالغ الاهمية .

ويترتب على هذا الفرق بين العادة والعرف ان يكون لقاضى الموضوع سلطة تقديرية فى تطبيق العادات لان الامر يتعلق بتفسير ارادة المتعاقدين . اما العرف فان اغفال تطبيقه او الخطأ فى تفسيره يعد خطأ من القاضى .

واذا قام التعارض بين التشريع والعرف التجارى فلا خلاف فى تغلب التشريع التجارى اذا كان امرا على العرف سواء كان ملزما او مفسرا اذ لامحل لسريان العرف متى وضع المشرع قاعدة نظامية .

وبالرغم من ان القضاء مصدر تفسيرى للقانون فإنّ الاحكام القضائية كان لها ابرز الاثر فى بلورة قواعد العرف وتطوير احكام القانون التجارى بوجه عام .

اما الفقه فلم يلعب دورا كبيرا فى تطوير احكام القانون التجارى .

المبحث الخامس : أهمية تحديد الأعمال التجارية

تختلف التشريعات فى تحديد مجال تطبيق القانون التجارى ويدور الخلاف بينها حول فكرتين رئيسيتين : فمنها ما اعتمد على العمل التجارى ومنها ما اعتمد على التاجر . وتتلخص النظرية الاولى ان القانون التجارى هو قانون الاعمال التجارية ، يسرى عليها بصرف النظر عن صفة القائم بالعمل وسواء ثبت له وصف التاجر ام لا ، اذ يكفى ان يكون العمل من طبيعة تجارية ليدخل فى نطاق القانون التجارى . وهذه هى النظرية التى اعتمدها المشرع السعودى والمصرى والفرنسى فى حين تذهب النظرية الثانية الى ان القانون التجارى هو قانون التجار فلااهمية لاعتبار العمل تجاريا او مدنيا ولايكون لذلك تأثير فى بيان القانون الواجب التطبيق ولكن الاهمية لصفة القائم بالعمل ، فان كان تاجرا خضع العمل لاحكام القانون التجارى ، وان كان فردا عاديا خضع العمل للقانون المدنى .

وقد رتب المشرع السعودى اثارا جوهرية هامة على التفرقة بين العمل المدنى والعمل التجارى ومن اهم هذه الاثار مايأتى : ـ

اولا ـ الاختصاص القضائى :

تهتم كثير من الدول بانشاء قضاء يتخصص فى الفصل فى المنازعات التجارية الناشئة عن الاعمال التجارية ولا ينظر سواها وذلك حتى يكون هذا القضاء على دراية تامة بمقتضيات التجارة وبأعرافها ، كما يجرى الكثير من البلاد مثل فرنسا على اشراك ممثل عن التجارة تنتخبه الغرف التجاريّة فى هذه المحاكم التجارية تأكيدا لربط هذا القضاء بالواقع التجارى وحتى يكون القاضى عند نظر الدعوى ملما بكيفية سير المعاملات التجارية بين التجار .

وقد انشأ المشرّع السعودى قضاءا تجاريا متخصصا منذ صدور نظام المحكمة التجارية سنة ١٣٥٠ هـ . وكان المفروض ان تتكون هذه المحكمة من سبعة اعضاء بما فيهم الرئيس (المادة ٤٣٢) ، وتختص بنظر المنازعات الناشئة عن الاعمال التجارية البرية والبحرية (المادة ٤٤٣) ، وكذلك تضمن النظام قواعد مفصلة للاجراءات والمرافعات امام هذه المحكمة (المواد من ٤٥٩ الى ٥٨٧) . ولكن هذه المحكمة التجارية لم تخرج الى حيز التطبيق اذ لم يتم تشكيلها ، وظل الأمر هكذا حتى تشكلت هيئات قضائية اخرى لحسم المنازعات التجارية .

وقد شكلت اول محكمة تجارية فى المملكة بموجب قرار وزير التجارة والصناعة رقم (٢٦٢) فى ٢٦ ذى القعدة سنة ١٣٨٤ هـ . الذى قضى بتشكيل هيئة قضائية تسمى « هيئة فض المنازعات التجارية » تختص بفض المنازعات التجارية والفصل فى القضايا التى تعهد اليها بالنظر فيها الأنظمة والقرارات والأوامر كما تختص بفرض العقوبات المنصوص عليها فى نظام تسجيل العلامات الفارقة والأوراق التجارية .

ويقضى القرار بأن تتكون هيئة فى كل من الرياض وجدة والدمام من رئيس موظف بوزارة التجارة والصناعة برتبة مدير على الأقل ومن عضوين آخرين احدهما مستشار والآخر تاجر ترشحه الغرفة التى يقع النزاع فى دائرتها . ويتم انتداب الاعضاء بقرار من وزير التجارة والصناعة وتنظر الهيئة بصفة مستعجلة

فى القضايا التى لها صفة الاستعجال وتتبع فى اجراءاتها الأصول المنصوص عليها فى نظام المحكمة التجارية والتى سبقت الإشارة اليها .

ثم صدر بعد ذلك نظام الشركات سنة ١٣٨٥ هـ ، الذى انشأ هيئة خاصة تسمى « هيئة حسم منازعات الشركات التجارية » (مادة ٢٣٢ من النظام) ، وبعد ذلك تضمن قرار مجلس الوزراء رقم (١٨٦) الصادر فى ٥ / ٢ / ١٣٨٧ هـ ، ادماج « هيئة فض المنازعات التجارية « و » هيئة حسم منازعات الشركات التجارية » فى هيئة واحدة تسمى « هيئة حسم المنازعات التجارية » يتم تشكيلها طبقا للمادة (٢٣٢) من نظام الشركات سالف الذكر فى مدن الرياض وجدة والدمام .

وقد تضمن القرار المذكور تشكيل هيئة تميز تجارية تختص بالتصديق على القرارات الابتدائية الصادرة من هيئة حسم المنازعات التجارية اذا كانت مطابقة للشريعة السمحة والأنظمة السارية ومبادىء العدالة وبذلك يصبح القرار نهائيا ، والا قضت باعادة نظر الموضوع اذا وجدت للتظلم ما يبرره أو وجدت أى مخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية ، أو لأحكام النظام وقواعد العدالة .

وبديهى ان اختصاص هيئة حسم المنازعات التجارية قاصر فقط على المنازعات الخاصة بالاعمال التى تكتسب وصف الاعمال التجارية وحدها أما تلك التى تخرج عن دائرتها فإن اختصاص هيئة حسم المنازعات التجارية لا ينعقد للنظر فيه .

ثانيا ـ الاثبات :

وضع المشرع قواعد للاثبات فى المعاملات المالية العادية ، أما فى المعاملات التجارية فلا محل لسريان هذه القواعد ، وتعفى الاعمال التجارية من قيود الإثبات فى المواد المدنية ، بصفة عامة الا اذا اتفق الطرفان على وجوب الكتابة أو كان القانون التجارى يحتم وقوع العقد بالكتابة سواء أكانت رسمية ـ كما هو الحال فى بيع السفن (مادة ١٥٢ من نظام المحكمة التجارية) او عرفية كما فى عقد الشركة (المادة ١٠ من نظام الشركات الصادر سنة ١٣٨٥ هـ) .

ثالثا - تقوية جزاء الالتزام التجارى :

يغلب القانون التجارى مصلحة الدائن على مصلحة المدين ويدعم الالتزام التجارى بالضمانات كما يقوىّ الجزاء على الاخلال به ويبين ذلك فيما يأتى :

١) التضامن :

يقضى العرف التجارى بأن يفترض التضامن عند تعدد المدينين بدين تجارى وذلك خلافا للقاعدة التى تتضمن ان التضامن لا يفترض وانما يكون باتفاق أو بنص فى النظام .

٢) الاعذار :

يقضى العرف التجارى كذلك بأن يتم اعذار المدين بالتزام تجارى بمجرد خطاب عادى بخلاف الحال فى المواد المدنية التى يجب ان يتم الاعذار فيها بورقة من اوراق المحضرين .

٣) المهلة القضائية :

نظرا لطبيعة المعاملات التجارية فانه لا يجوز الحكم بالمهلة القضائية لمصلحة المدين فى الكمبيالية (مادة ٦٣ من نظام الأوراق التجارية) وتنطبق هذه القاعدة على الأوراق التجارية الأخرى كالسند الأدنى والشيك .

٤) الافلاس :

لا يمكن اشهار الافلاس الا لتوقف التاجر عن دفع ديونه التجارية لا المدنية وذلك رغم عموم نصوص المواد (١٠٣) وما بعدها من نظام المحكمة التجاريّة سالف الذكر .

الفصل الثاني

الأعمال التجارية

يخلع النظام الصفة التجارية تارة على بعض الأعمال ، وتارة أخرى على

بعض المقاولات ومن ذلك يتبين أن الأعمال التجارية الموضوعية تنقسم إلى قسمين كبيرين أولهما أعمال تثبت لها الصفة التجارية دائما ولو وقعت مرة واحدة ، وثانيهما أعمال لاتكون لها هذه الصفة إلا إذا وقعت فى شكل « مقاولة » ، وهذا ماتضمنه نص المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية ، وفيما يلى بيان الأعمال التجارية المفردة ، وأعمال المقاولات التجارية .

المبحث الأول : الأعمال التجارية المفردة

المطلب الأول

الشراء بقصد البيع

نصت المادة ٢/أ على أن « كل شراء بضاعة أو غلال من مأكولات أو غيرها لأجل بيعها بحالها أو بعد صناعة وعمل فيها » يعتبر عملاً تجارياً .

ويشترط لكى يعتبر الشراء أو البيع عملاً تجارياً ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون هناك شراء .

والثاني : أن يكون محل الشراء منقولا .

والثالث : أن يكون الشراء قد تم بقصد البيع .

مما تقدم يبين أن إسباغ الصفة التجارية على الشراء رهين بإثبات نية البيع إذ يجعل النظام من سبب الشراء أو الباعث عليه مناط التجارية . وتؤكد المادة (٣) من النظام هذا الحكم بنصها على أنه إذا « اشترى أحد عقاراً أو شيئاً لا لبيعها ولا اجارتها بل للاستعمال فلايعد شىء من ذلك عملاً تجارياً » .

ويعتبر الشراء أو البيع عملاً تجارياً إذا كان المقصود من الشراء بيع الشىء بعينه أو بعد تهيئته فى صورة أخرى ، إذ يستوى أن يباع المنقول بصورته التى اشترى بها أو بعد تشكيله وادخال التعديل أو الصناعة عليها (مادة ٢/أ) .

ويظل الشراء تجارياً إذا تم بقصد البيع ولو لم يحدث فعلا كأن هلك الشىء

أو عدل مشتريه عن بيعه . وكذلك لايلزم أن يكون الشراء سابقاً على البيع ، بل يكفى العنصر القصدى والباعث لاقامة الصلة القانونية بين البيع والشراء اللاحق عليه . وكثيراً مايحدث البيع أولا ثم يليه الشراء فلا أهمية لوقت وقوع أى منهما ولايعد بيع المنقول تجارياً إذا لم يسبقه شراء كان يكون المبيع موروثاً أو موهوباً إلى البائع .

ويكون اثبات قصد البيع على من يدعى تجارية الشراء أو البيع . ويستخلص هذا القصد من الظروف المحيطة بالتصرف كأن تكون الكميات المشتراة كبيرة تفوق الاستهلاك الشخصى بكثير . ولكن أهم القرائن على قيام هذا القصد هى بلاشك أن يثبت صاحب المصلحة أن المشترى يتخذ التجارة فيما اشتراه حرفة معتادة ، ولكن يكون للمشترى عندئذ اثبات العكس بكافة طرق الاثبات .

ولا يستلزم النظام إلا أن يكون شراء المنقول بقصد البيع ، ولكن القضاء مستقر على أن الشراء والبيع لايكتسبان الصفة التجارية إلا إذا كان الشراء قد تم بقصد تحقيق الربح من وراء البيع ، فكل شراء قصد به إعادة البيع دون ربح لايعد عملاً تجارياً ومناط مدنية العمل فى هذه الحالة يتوقف على اقتران الشراء عند حدوثه بنية البيع بدون ربح .

المطلب الثانى

الأوراق التجارية

تعتبر الأوراق التجارية وفقاً لأحكام المادة ٢ح من الأعمال التجارية المفردة والأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الإذنىّ والشيك .

١ ـ الكمبيالة :

هى صك يأمر فيه الساحب شخصاً يسمى المسحوب عليه بدفع مبلغ من النقود فى تاريخ معين أو قابل للتعيين لأذن شخص ثالث أو لحامل الصك ، ويطلق عليه المستفيد .

والسند الإذنىّ صك يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المحرر بدفع مبلغ معين في تاريخ معين أو قابل للتعيين لأذن شخص آخر يسمى المستفيد .

ويتبين من ذلك أن هناك فرقاً بين الكمبيالة والسند الإذنىّ ، فبينما تقوم الكمبيالة على وجود أشخاص ثلاثة هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد ، فإن السند الإذنىّ يفترض وجود شخصين فقط هما المحرر والمستفيد . أما الشيك فهو صك يأمر فيه الساحب المسحوب عليه بدفع مبلغ من النقود من حسابه لديه إمّا إلى الساحب نفسه وإمّا إلى شخص آخر وإمّا لحامله . ويشبه الشيك الكمبيالة من حيث وجود أشخاص ثلاثة في كل منهما هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد . ولكن يختلف الشيك عن الكمبيالة في أن الأول أداة وفاء ويقوم مقام النقود ولذلك يقتضى حصول الدفع بمجرد الاطلاع ، في حين أن الكمبيالة أداة ائتمان ووفاء ولذلك يختلف فيها تاريخ السحب عن تاريخ الوفاء أما الشيك فلايحمل إلا تاريخاً واحداً .

وقد نصت المادة (٢ح) من نظام المحكمة التجارية على أن يعتبر من الأعمال التجارية « كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها » ، أى الكمبيالة ، ولكنه لم ينص صراحة على السند الإذنىّ والشيك ، وعلى ذلك تثبت الصفة التجارية للكمبيالة أياً كان أو لو الشأن فيها أى سواء كان الساحب أو المسحوب عليه أو الضامن الاحتياطى أو المظهر إليه أو القابل أو الموفى بالواسطة تاجراً أو غير تاجر . وقد قصد المشرع من ذلك جعل الكمبيالة عملاً تجارياً مطلقا لاينظر فيه إلى طبيعة الدين أو إلى صفة الملتزم في الكمبيالة وتكاد تكون العمل الوحيد الذى تتوفر له التجارية المطلقة على هذا النحو .

ولعل المشرع قد أراد من ذلك أن تكون الكمبيالة شكلاً تجارياً بحتاً على اعتبار أنها من أدوات التعامل الخاص بالحياة التجارية . لكن يجب لذلك أن يفرغ الصك في صورة كمبيالة وأن تتوفر فيه كل الشروط الشكلية التى نص عليها القانون بالنسبة لها ، فان تخلف واحد من هذه الشروط فان الصك يفقد

صفة الكمبيالة ولايكون هناك محل لثبوت الصفة التجارية للالتزام الذى يتضمنه .

٢ ـ السند الإذنىّ :

لم ينص النظام صراحة على تجارية السند الإذنىّ ولذا فإنّه لايعد ورقة تجارية بصفة مطلقة كالكمبيالة ، ويعتبر السند الإذنىّ ورقة تجارية فى احدى حالتين :

الأولى : أن يكون السند الاذنى قد حرر بمناسبة عملية تجارية ، وذلك بصرف النظر عما إذا كان من حرره تاجراً أو غير تاجر . وهذا الحكم تطبيق للقواعد العامة .

الثانية : أن يكون محرر السند الإذنى تاجراً وقد اختلف الرأى بالنسبة لهذه الحالة خاصة مع عدم وجود نص صريح ، فهناك رأى يذهب إلى أن السند الإذنىّ يكون عملاً تجارياً فى هذه الحالة بصرف النظر عن طبيعة الدين الثابت فيه وسواء كان مدنياً أو تجارياً .

ولكن الأرجح فى نظرنا أن يكون السند الإذنىّ المحرر من تاجر متمتع بقرينة التجارية حتى يثبت العكس أى حتى يثبت التاجر أنه حرر السند الإذنىّ لعمل مدنى بحت .

٣ ـ الشيك :

لم يحسم نظام المحكمة التجارية الأمر بشأن تجارية الشيك ، كما لم يتضمن نظام الأوراق التجارية ما يحسم هذا الموضوع لذلك ثار الخلاف بين الفقهاء .

فذهب رأى إلى قياس الشيك على الكمبيالة بالنظر إلى أوجه الشبه بينهما ، ففى كل منهما ساحب ومسحوب عليه ومستفيد كما أن كلا من الشيك والكمبيالة يتضمن صدور الأمر من الساحب إلى المسحوب عليه للوفاء للمستفيد بمبلغ من النقود . ويقتضى هذا الرأى اعتبار الشيك عملا تجاريا مطلقا مهما كان أولو

الشأن فيه وبصرف النظر عن طبيعة التعامل الذى ترتب عليه سحب الشيك أو طبيعة الدين .

ولكن الرأى الراجح يذهب إلى أن الكمبيالة اعتبرت عملا تجاريا مطلقا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة التى تقضى بتحديد وصف الالتـزام مدنياً أو تجارياً ، بالنظر إلى طبيعة التعامل الذى ترتب عليه ولذلك يكون من غير المقبول قياس الشيك على الكمبيالة ويتعين أن تراعى بالنسبـة للشيـك القاعدة العامة المشار إليها فيعتبر عملا تجاريا إذا ثبت أنه سحب بمناسبة عملية تجارية . ومع ذلك إذا كان ساحب الشيك تاجرا افترض أنه سحب لعمل تجارى حتى يثبت العكس تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية وقياسا على ماسبق أن ذكرنا بالنسبة للسند الإذنىّ .

المطلب الثالث

عمليات الصرف وأعمال البنوك

والصرف هو مبادلة نقود وطنية بنقود أجنبية وهو مايسمى بالصرف اليدوى ، أو تلقى نقود يلتزم من يتلقاها بدفعها لمن قدمها بعملة أخرى فى مكان آخر ، وهذا مايسمى بالصرف المسحوب .

ويعتبر الصرف بنوعية عمل تجارى ولو وقع مفرداً إذ نصت المادة (٢ح) على أن يعتبر من الأعمال التجارية كل مايتعلق بالصرافة .

ويقوم بعمليات الصرف عادة البنوك أو الصيارفة المحترفون ويجنون منها ربحاً يظهر فى الفرق بين ثمن شراء النقود وثمن بيعها والاستفادة من فروق الأسعار فى الزمان وفى المكان . ويشترط لاعتبار الصرف عملا تجاريا أن يكون المصارف قاصدا بيع النقود التى يشتريها بقصد تحقيق الربح ، أما إذا لم يكن الباعث على الصرف تحقيق ربح فإنه لايعد عملا تجاريا وفقا للقواعد العامة .

ويعتبر القانون جميع عمليات البنوك أعمالاً تجارية وذلك كقاعدة عامة .

ويسرى هذا الحكم على الرأى الراجح حتى ولو كانت البنوك مملوكة للدولة .

ولا تعتبر عمليات البنوك تجارية فى نظرنا إلا بالنسبة للبنك . أما بالنسبة لعميل البنك فانها لاتكون تجارية إلا إذا كان العميل تاجراً وكان تعامله مع البنك مرتبطاً بتجارته أو كان التعامل بمناسبة عملية تجارية .

هذا ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض المصرية اعتبرت العملية مع البنك تجارية من الناحيتين أى من ناحية البنك ومن ناحية العميل ولو لم يكن العميل تاجرا[1] ، وإن كان هذا الحكم محل انتقاد من بعض الفقهاء[2] .

المطلب الرابع

السمسرة والوساطة فى التجارة

نص النظام على أن يعتبر عملا تجاريا كل عمل متعلق بالدلالة أى بالسمسرة (مادة ٢ ج) والسمسرة هى التقريب بين متعاقدين لتسهيل تلاقى العرض والطلب نظير مبلغ من المال يكون عادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة . ويقتصر عمل السمسار على السعى لاتمام التعاقد وينتهى عند انعقاد العقد فلا يتحمل السمسار بأى التزام ينشأ عن العقد ولايقوم بدور الوكيل عن أى الطرفين فقد نصت المادة (٣٠) من النظام على أن « الدلال هو من يتوسط بين البائع والمشترى لاتمام البيع بأجرة »[3] .

وتؤدى السمسرة دوراً هاماً فى الوساطة بين التجار وأصحاب المصانع وبين عملائهم وبذلك تسهم فى تداول الثروات التجارية ، ولذلك اعتبرها المشرع

(١) انظر نقض مصرى فى ٢٧ يونيو ١٩٦٧ م مجموعة احكام النقض س ١٤ ص ٩٣٦ - ٩٤٧ .

(٢) انظر على جمال الدين : الوجيز ج (١) القاهرة ١٩٧٥ م رقم ٥٤ .

(٣) فى القانون الانجليزى ينوب السمسار عن العميل فى التعاقد ويختلف الوكيل بالعمولة فى انه لا يتمكن من حيازة ما يشتريه ومن ثم فليس له حق الحبس ضمانا لحقوقه .

عملا تجاريا ولو وقع منفرداً ، ووفقاً للرأى الراجح تعد السمسرة عملا تجاريا ولو كان العقد الذى يتوسط السمسار فى ابرامه عقداً مدنيـاً ، كتأجير أو شراء مسكن . ويتقاضى السمسار أجره عادة فى صورة نسبة مئوية من قيمة الصفقة التى يتوسط فى ابرام عقدها ، كما يمكن أن يتم الاتفاق على أن يكون الأجر مبلغاً محدداً .

المطلب الخامس

أعمال التجارة البحرية

أضفى النظام صفة التجارية على جميع أعمال التجارة البحرية فى الفقرة الخامسة من المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية التى تضمنت تعداداً لبعض هذه الأعمال وقد ورد هذا التعداد على سبيل المثال إذ نصت الفقرة المذكورة على تجارية جميع المقاولات المتعلقة بسائر أمور التجارة البحرية .

وإنشاء السفن هو أول الأعمال التى ينص النظام على تجاريتها صراحة إذ نص على تجاريـة « كل عمـل متعلـق بانشـاء سفـن تجاريـة أو شراعيـة واصلاحها » .

ويعتبر عقد انشاء السفينة تجارياً بالنسبة لطرفيه . فاذا كانـت السفينـة مخصصة لملاحة النزهة يعتبر بناؤها بالنسبة لرب العمل عملاً مدنياً .

كذلك يعتبر تجارياً كل عمل يتعلق بشراء سفن أو بيعهـا فى الداخـل والخارج . ويكون شراء السفينة تجارياً ولو لم يكن المشتـرى يقصـد إعـادة البيع[١] أما شراء سفينة مخصصة للنزهة فإنّه لايعتبر عملا تجاريا .

كما يعتبر من الأعمال التجارية عمليات تجهيز السفن بالمهمات أو الأدوات وهى المنقولات اللازمة لاستغلال السفينة تجاريا كالصوارى والحبال والاهلاب وقوارب النجاة وغيرها . أو بالذخائر ومايلزم لتسيير السفينة أثناء الرحله من

---

(١) انظر محسن شفيق الموجز ج ١ رقم ٦٨

زيوت ووقود أو تموين أياً كانت طبيعته أو نوعه كالمأكولات والمياه العذبة ووسائل التسلية .. الخ .

وقد أضفى النظام التجارية على بيع هذه المنقولات ، ولو لم يكن مسبوقاً بشراء وإلا كان النص مجرد تكرار للقاعدة العامة وهذا ماننزه عنه المشرع ، وعلى ذلك يعتبر عملاً تجارياً تموين السفن بالفحم أو البترول والزيوت ولو كان القائم به يبيع مايستخرجه مباشرة من مناجمه أو مصادره الطبيعية مباشرة .[1] .

كذلك اعتبر النظام عملاً تجارياً كل صورة من صور عقد النقل البحرى ومثال ذلك مايتعلق باستئجار أو تأجير السفن .

ولاتثير تجارية عمل الناقل البحرى أى شك بالنسبة للناقل . أما بالنسبة للشاحن فالراجح أن تطبق عليه القواعد العامة فى التجارية ، وهذا هو مذهب القضاء فى كثير من دول العالم .

ويخلع النظام أيضاً الصفة التجارية على « كل اقراض واستقراض بحرى على السفينة أو شحنها وكل عقود الضمانات المتعلقة بها » . وبذلك يكون القرض البحرى أو القرض ذو المخاطرة الجسيمة تجارياً بالنسبة لطرفيه المقرض والمقترض وكذلك عقد الرهن البحرى . والقرض البحرى هو الذى يطلق عليه القرض ذو المخاطر الجسيمة أو العظيمة ، وهو نظام قديم تطور فى البلاد الغربية إذ كان الربان يقترض المبالغ اللازمة لاستغلال السفينة والقيام بالعمليات التجارية ويكون هذا القرض فى مقابل فائدة تكون مرتفعة عادة إذ تصل إلى ٣٠٪ من مبلغ القرض غير أن المقرض لايكون له الحق فى استرجاع مبلغ القرض والفائدة المذكورة إلا إذا عادت السفينة سالمة . أما إذا غرقت السفينة أو هلكت فلايستحق المقرض شيئاً ، لامبلغ القرض ولا الفائدة . وهذا القرض البحرى يعتبر بحسب القانون عملا تجاريا بالنسبة لطرفيه . غير أن أهمية القرض البحرى قد قلت فى الوقت الحاضر بسبب ظهور نظام الرهن البحرى ، ونظام التأمين البحرى .

---

(١) انظر اجتهادات الفقهاء فى هذا الموضوع محسن شفيق المرجع السابق رقم ١١٥ ومصطفى طه رقم ١٠٧ واكثم الخولى ص ٨٥ وعلى حسن يونس رقم ١٠١ .

ويعتبر كذلك من أعمال التجارة البحرية كل مايتعلق بأجرة عمال السفن ورواتب ملاحيها وخدمها وكذلك عقد العمل البحرى بالنسبة للمجهز ، أما بالنسبة للملاح ، فالراجح أن العقد يكون مدنياً دائماً وذلك تطبيقا للقواعد العامة .

ويولد عقد العمل البحرى التزامات على الطرفين ، فالمجهز يلتزم بدفع الأجر وعلاج الملاح فى حالة مرضه أو اصابته بجرح وترحيل الملاح فى حالة انتهاء عقد الاستخدام فى الخارج . كما يلتزم الملاح بتأدية العمل الذى يكلف به على ظهر السفينة .

وتعتبر التزامات المجهز الناشئة عن عقد العمل البحرى تجارية متى كان الأمر يتعلق باستغلال سفينة تجارية . أما بالنسبة للملاح فقد ثار خلاف ، إذ يذهب البعض إلى أن التزامات الملاح تعتبر هى الأخرى التزامات تجارية استناداً إلى عموم النص الذى يعتبر استخدام الملاحين فى السفن التجارية عملا تجاريا . غير أن الراجح أنه لما كان التزام الملاح هو القيام بالعمل ، وكان المجهود الشخصى لايعتبر من قبيل النشاط التجارى فإنه التزامات الملاح لاتعتبر تجارية أما بالنسبة لسفن النزهة فلا خلاف فى أن عقد العمل البحرى يعتبر عملا مدنياً بالنسبة لطرفيه على السواء لانتفاء المضاربة .

المطلب السادس

اعمال تجارية اخرى

إلى جانب ماتقدم هناك أعمال أخرى لاخلاف على طابعها التجارى ولو قام بها الشخص مرة واحدة رغم عدم ورودها ضمن التعداد الوارد فى نصوص النظام وهو مادرج عليه القضاء واستقر عليه الفقه فى كثير من دول العالم .

ومن هذه الأعمال بوجه عام عقود الشركات التجارية بالنسبة للشركاء حسب الرأى الراجح وعقد القرض التجارى .

ولم يشر نظام المحكمة التجارية إلى عقد القرض كعمل تجارى ومع ذلك فالراجح تجاريته وقد جرى القضاء فى كثير من بلاد العالم على اعتبار القرض تجارياً إذا كان مخصصاً لتمويل عملية تجارية كالشراء لأجل البيع أو الصناعة وإن كان القضاء فى بعض البلاد الأخرى قد اعتبر الاقتراض من البنوك دائماً عملاً تجارياً وذلك بالنسبة للمقترض وهو ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية .

أما بالنسبة للمقرض فهو يعتبر تجارياً إذا كان يدخل فى مدلول أعمال البنوك على التفصيل السابق .

كذلك تعتبر من الأعمال التجارية عقود الضمان التى تؤمن تنفيذ الالتزامات التجارية .

وقد اتفق الرأى على استبعاد الرهن التأمينى الذى يعتبر مدنيا فى كل الأحوال نظراً لوروده على العقار . أما الرهن الحيازى فإنّه يكون تجارياً - إذا كان قد تم تأميناً على عمل من الأعمال التجارية سواء أكان الراهن تاجراً أم غير تاجر . إذ ترتبط صفة الرهن بصفة الالتزام المضمون فالعبرة بطبيعة الالتزام بالنسبة للمدين . أما صفة الرهن بالنسبة للدائن المرتهن فتحددها القواعد العامة فى التجارية .

ولاتكون كفالة الدين التجارى بذاتها عملاً تجارياً لأن الأصل فى الكفالة أنها من أعمال التبرع . ولكن يكون التزام الكفيل تجارياً موضوعياً إذا كانت الكفالة من أعمال البنوك أوكان الالتزام المكفول ناشئاً عن كمبيالة أو سند اذنى يعتبر عملاً تجارياً .

ويعتبر عقد التأمين البحرى من الأعمال التجارية المفردة ، هذا ومن الجدير بالذكر أن نظام المحكمة التجارية قد نظم عقد التأمين البحرى فى المواد من ٣٢٤ وما بعدها .

هذا وقد سبق أن ذكرنا أن تعداد أعمال التجارية البحرية قد ورد على سبيل المثال .

المبحث الثاني : المقاولات التجارية

حدد المشرع التجارى عددا من الأعمال أسبغ عليها الصفة التجارية بحسب النظام ولو كانت مفردة وهى التى سبق ان عرضنا لها ، فى حين أن أعمالا أخرى لاتعتبر تجارية إلا إذا وقعت فى صورة المقاولة .

وهذه الأعمال فى النظام السعودى هى ذاتها فى القانون الفرنسى رغم اختلاف صياغة النصوص . وهذه الأعمال هى :

الصناعة والوكالة بالعمولة والنقل والتوريد والبيع بالمزاد ومقاولة محلات ومكاتب الاعمال ومقاولة انشاء المبانى .

ويمكن تقسم هذه المقاولات من الناحية الاقتصادية حسب طبيعة محلها الى مقاولات انتاج وهى الصناعة وانشاء المبانى ، ومقاولات بيع وهى التوريد والبيع بالمزاد ، ومقاولات خدمات وهى النقل ومحلات ومكاتب الاعمال ، ومقاولات توسط وهى مقاولة الوكالة بالعمولة . وهذا بالاضافة الى المقاولات التى لم يتضمنها النظام صراحة وان كان القضاء والفقه قد استقر على تجاريتها بلانصّ مثل مقاولات النشر ومقاولات التأمين بمختلف أنواعه .

وبديهى أن المقاولة تفترض تكرار العمل على نحو يأخذ شكل الاحتراف فلايكفى القيام بالعمل مرة واحدة أو مرات محدودة بشكل منعزل بل يجب تكرار القيام به على نحو متصل معتاد وعلى نحو يأخذ شكل الاحتراف .

وتكرار القيام بالعمل على نحو متصل لايكفى لتعريف المقاولة ، بل يجب أن تخضع المقاولة لنوع من التنظيم وان يكون تكرار العمل استنادا الى تنظيم سابق وخطة موضوعة يتمثلان فى مجموعة من الوسائل والاساليب المادية والقانونية اللازمة لممارسة هذا النشاط كاستخدام الغير ، وشراء مواد الانتاج ، والاستقرار فى مكان خاص معد للقيام بهذا التكرار المعتاد للعمل . وعلى ذلك تكون المقاولة هى تكرار العمل على نحو متصل معتاد يأخذ شكل الاحتراف استنادا الى تنظيم سابق يحقق جمع عناصر الانتاج والتنسيق بينها فى مشروع ما .

ويشترط فى المقاولات التى يتضمن موضوعها عملا ماديا ـ كمقاولات الانتاج الصناعية ومقاولة المبانى ومقاولة النقل ـ ان يتوافر فيها عنصر قانونى آخر يضاف الى مجرد التكرار وما يستلزمه عادة من تنظيم مادى . هذا العنصر هو المضاربة على عمل الغير أى استمرار عمل الغير لقاء أجر ثابت بقصد بيع ثمرة هذا العمل بثمن اكبر من الإجر وتحقيق الربح من الفائض أوالفرق ، فالمضاربة على عمل الغير هى أساس تجارية هذه الأعمال أوالمقاولات والا كان العمل مدنيا .

ولاتخضع مقاولات البيع والتوسط لهذا الشرط لانها تتم بالقيام بتصرفات قانونية كالبيع أو ابرام العقود لحساب الغير ومن ثم لايشترط فيها المضاربة على عمل الغير .

فاذا لم يأخذ النشاط صفة مشروع يقوم على تكرار العمل والتنظيم السابق والمضاربة على عمل الغير اذا كان موضوع النشاط ماديا فقد يكون العمل حرفيا مدنيا والحرفى شخص يمارس مهنة تتطلب عملا يدويا بنفسه ودون مضاربة على عمل الغير اذ يقتصر عمله على استغلال نشاطه ومواهبه الشخصية ، ويصدق هذا الوصف على النجار والحداد والسباك والساعاتى والنظاراتى وصانع الجلود والميكانيكى الذى يقوم باصلاح السيارات وصانع الاحذية أومصلحها وهم يقومون بالصناعة ، كما يصدق على مالك سيارة الاجرة الذى يقودها بنفسه وهو يقوم بالنقل . ولابأس من ان يستعين الحرفى بعدد قليل من الصبية أو العمال يساعدونه فى عمله على أن يقوم بالعمل أساسا بنفسه . وكذلك ليس هناك مايمنع الحرفى من الاستعانة ببعض الآلات التى يديرها بنفسه ، لأنه وإن كان يضارب على هذه الآلات لايضارب على عمل الغير ولايستخدم الالة الا كوسيلة لتقديم عمله الشخصى . ويثور الشك فى صفة الحرفى اذا كان يمارس عمله فى محل أو ورشة صغيرة بها عدد من الالات يديرها بعض العمال وان كان الراجح أنه مادام الحرفى يحتاج الى معاونة نفر قليل من اقاربه او عدد من الصبيان ومادامت هذه المعونة ثانوية بالنسبة الى استغلال نشاطه ومواهبه الشخصية فان عمله يظل

حرفيا ومدنيا لايتصف بالتجارية .

وقد يساهم فى صعوبة التفرقة بين النشاط الحرفى المدنى والنشاط التجارى ان كثيرا من الحرفيين يمارسون الشراء لأجل البيع بربح ، وذلك بالنسبة للمواد الأولية اللازمة لعملهم كالخياط الذى يشترى القماش ، أو النجار الذى يشترى الأخشاب أو النظاراتى الذى يشترى الزجاج اللازم لصناعة النظارات ومن ثم تثور الصعوبة بشأن مدنية أو تجارية أعمال صاحب المشروع .

ويأخذ القضاء فى مصر وفرنسا بالنشاط الغالب ، فمجرد شراء بعض المواد وبيعها لاينفى صلة الحرفى ولكن بشرط الايطغى نصيب المضاربة على المواد المقدمة بعد العمل عليها على نصيب مكافأة العمل الشخصى ، فاذا كان نصيب صاحب المشروع من المكافأة عن العمل الشخصى أو المهارة الشخصية أواستغلال النشاط الشخصى هو العنصر الراجح الغالب ظل النشاط مدنيا لبقائه فى دائرة النشاط الحرفى والا اتصف عمله بالتجارية .

الفصل الثالث

الأعمال غير التجارية بطبيعتها

من المتفق عليه أن الاعمال المدنية بطبيعتها ترد إلى أصلين قديمين هما الاستغلال الاول للطبيعة وهو الزراعة والصناعات الاستخراجية والاستغلال المباشر للملكات الانسانية من انتاج ذهنى أو عمل .

المبحث الأول : الاستغلال الأول للطبيعة

المطلب الأول

الزراعة

استقر العرف منذ القدم على اعتبار العمليات الزراعية وفلاحة الارض

أعمالا مدنية فلاخلاف على اان الزراعة ـ وكل مايتصل بها من الاعمال ـ خارجة عن نطاق القانون التجارى . وتنص المادة (٣) من نظام المحكمة التجارية على أنه (اذا باع مالك الارض أو المزارع فيها غلتها بمعرفته . . . فلا يعد شيء من ذلك عملا تجاريا) ويشمل الطابع المدنى كل الأعمال التى تستلزمها الزراعة كاستئجار الارض الزراعية وشراء البذور والآلات والأدوات أو استئجارها وشراء السماد وجنى المحصول وعقود العمل مع العمال الزراعيين وغير ذلك من الاعمال التى تستلزمها الزراعة .

المطلب الثاني

العمليات الاستخراجية

هى عمليات استخراج المعادن والصخور وغيرها مباشرة من الطبيعة كاستخراج الفحم والحديد والبترول وقطع الاحجار واستغلال العيون المدنية ، ويلحق بهذه العمليات أعمال صيد الاسماك واللالىء وغيرها مما يستخرج من البحار ، وتعتبر هذه العمليات الاستخراجية داخلة فى نطاق النشاط المدنى .

المبحث الثاني : الاستغلال المباشر للملكات الإنسانية

المطلب الأول

الانتاج الذهنى

ويقوم استبعاد الانتاج الذهنى من النطاق التجارى على قاعدة تقليدية تقوم أساسا على احترام هذا النوع من الانتاج والحرص على نفى الصفة التجارية عنه .

الانتاج الذهنى هو العمل الذى ينتج من اعمال الفكر والذهن كتأليف كتاب أو رسم لوحة أو نحت تمثال أو تلحين أغنية . ولايعتبر هذا العمل من قبيل الأعمال التجارية .

وهناك قاعدتان تحكمان هذا النوع من الانتاج أولهما ان حصول المنتج

الذهنى على مقابل مالى من عمله أيا كان نوعه يعتبر عملا مدنيا سواء أباع المؤلف حق النشر الى ناشر أم قام بنفسه بعملية النشر وحصل من جراء ذلك على عائد مالى .

والقاعدة الثانية هى ان التوسط فى تداول الانتاج الذهنى ونشره بقصد الربح هو عمل تجارى لايخرج عن أن يكون شراء بقصد البيع اذ يخلع التوسط عن هذا العمل صفته المدنية ويلحقه بالاعمال التجارية لأن الوسيط ليس الا مشتريا بقصد اعادة البيع .

المطلب الثانى

الصحـــافة

إختلف الرأى بشأن الصحافة واستغلال الصحف والمجلات فقد اعتقد البعض أنها من قبيل الانتاج الذهنى ومن ثمّ تعتبر عملا مدنيا ، ولكن الرأى الراجح يعتبر اصدار الصحيفة عملا تجاريا اذا اجتمع شرط التوسط وشرط استهداف الربح .

فاذا تحقق شرط التوسط بان كان صاحب الجريدة مجرد وسيط بين المحررين والقراء وكان لايساهم فى تحريرها وينحصر عمله فى التنظيم الادارى والاشراف العام تحقق الشرط الأول وهو شرط التوسط لتجارية العمل الصحفى ، أما إذا كان صاحب الجريدة يساهم فى التحرير فإنّه لايكون وسيطا ولايمكن ان يعتبر اصدار الجريدة عملا تجاريا .

ولايكفى شرط التوسط وحده فاذا كان صاحب الجريدة مجرد وسيط ، فإن اصدار الجريدة لايكون عملا تجاريا الا اذا كان الهدف منه هو تحقيق الربح . ويتحقق ذلك فى الصحف التى لايكون لها اتجاه واضح والتى تقتصر على نقل الاخبار المختلفة للقراء وتسليتهم تحقيقا للربح فيعتبر اصدار مثل هذه الصحف عملا تجاريا . اما صحف الرأى والمبدأ فأن اصدارها يكون دائما عملا مدنيا سواء أكانت الفكرة التى تدافع عنها الصحيفة فكرة دينية أو سياسية أو اجتماعية

أو اقتصادية أو فنية طالما أن الهدف من اصدار الصحيفة أو الجريدة ليس تحقيق الربح .

واذا أردنا تطبيق هذه القواعد على النشاط الصحفى فى المملكة العربية السعودية فإنّنا نجد أن الأهداف من العمل الصحفى قد حددتها قواعد تشريعية ونأت بها عن اهداف الربح المادى المجرد ، فالمادة (٢٠) من نظام المطابع والمطبوعات الصادر عام ١٣٥٨هـ تنص على أن الأهداف التى ترمى اليها الصحافة بمختلف انواعها يجب أن تكون هى الدعوة الى الفضيلة والتشبث بمبادىء الشريعة الحنيفة السمحاء وارشاد الجمهور الى مافيه الخير والنفع العام . وكذلك تقضى المادة (١٠) من نظام المؤسسات الصحفية الأهلية الصادر عام ١٣٨٣هـ ، بأن الواجب الرئيسى لكل عضو فى المؤسسة الصحفية هو الاشتراك مع بقية الأعضاء فى توجيه تحرير الجريدة طبقا للمصلحة العامة كما تنص المادة (١١) من هذا النظام بأنه لايجوز لأى عضو فى المؤسسة أن يستفيد من عضويته للتأثير على رئيس التحرير أو المحررين تأثيرا يستهدف من ورائه تحقيق كسب أدبى أومادى .

ويبين لنا من استعراض هذه النصوص أنه لايجوز ان تكون هناك صحافة تجارية تستهدف تحقيق الربح فى المملكة وعلى ذلك يتعين القول بأن اصدار الصحف على اختلافها فى المملكة يعتبر عملا مدنيا لأن المشرع جرده من أهداف الربح المادى وفرض له أهدافا أخرى لابد أن يتجه لها العمل الصحفى .

المطلب الثالث

المهن الحرة

هى الأعمال التى تقوم على استغلال المواهب الخاصة أوالخبرة العملية أوالفنية الذاتية وتتميز هذه المهن عن غيرها بأنها لاتتضمن الا عملا عقليا وذهنيا أو فنيا محضا ، وتقوم على المهارة الشخصية لمن يمارسها وعلى ثقة الناس فى

قدرته وكفاءته ، وتفترض قدرا لازما من الترفع عن المادة يميزها عن المهن التجارية التى تقوم على الرغبة فى تحقيق أكبر ربح ممكن . ويصعب تحديد هذه المهن تحديدا دقيقا جامعا مانعا . ولكن العرف جرى على أنها تشمل مهنة المحاماة والطب والتعليم وعمل المهندس .

وقد قام الخلاف بشأن مهنة الصيدلة خاصة وانها تتطلب مؤهلات علمية وخبرة شخصية ، ولكنها تحولت فى العصر الحديث إلى مجرد بيع أدوية معلبة مصنعة ولذلك اتجه الرأى فى بعض البلاد الى اعتبارها مهنة تجارية وهذا ما اتجه اليه القضاء فى مصر أخيراً .

ونشاط أصحاب المهن الحرة فى ممارسة مهنهم نشاط مدنى ، ولكن ممارسة المهنة الحرة قد يقترن بالقيام بأعمال تجارية كالشراء لأجل البيع أوغيره . وقد طبق القضاء هنا أيضا معيار النشاط المتغلب .

فإذا لم يقتصر الشخص على مجرد استغلال مواهبه أوخبرته وفنه ولكنه قام إلى جانب ذلك بعمليات أخرى من قبيل الأعمال التجارية كما اذا افتتح الطبيب عيادة أومصحة يقدم فيها للمرضى العلاج والغذاء اللازم لهم وكان الغرض الرئيسى من افتتاح المصحة هو المضاربة على ايواء المرضى والاغذية التى تقدم ، فإن الطبيب يقوم فى هذه الحالة بعمل تجارى بالرغم من ان الارشادات الطبية والعلاج يدخل ضمن الاشياء التى يقدمها الطبيب لمرضاه لأنها ذات أهمية ثانوية بالنسبة لمجموع الخدمات والأشياء التى يقدمها لهم .

وكذلك إذا لم يقتصر المهندس على تقديم التصميات اللازمة لانشاء مبنى معين ولكنه ورد الادوات والمهمات اللازمة للبناء فان هذا العمل من جانبه يكون ذا صبغة تجارية لأن توريد الأدوات والمهمات اللازمة للبناء عمل تجارى غالب يفوق فى أهميته تقديم التصميات المطلوبة لذلك يعد نشاطه تجاريا .

المطلب الرابع

عقــود العمل

يعد العمل الانسانى يدويا كان أم ذهنيا ـ من أبرز الملكات الانسانية ، فاذا استغلها صاحبها لتحقيق عائد مالى بأن وضع قدرته على العمل فى خدمة الغير نظير أجر وفقا لعقد عمل فإنه يقوم بعمل مدنى ، فالأجـير موظفـا أو مستخدما أو عاملا ـ يقوم بعمل مدنى لأنه يحترف بيع العمل ولايعد مايقوم به عملا تجاريا .

ويسرى هذا على كل صور عقود العمل سواء أكانت برية أو بحرية .

على أننا سبق أن ذكرنا أن عقد العمل البحرى يعد من ناحية المجهـز للسفينة عملا تجاريا أما عقد العمل البرى بالنسبة لرب العمل فيخضع للقواعد العامة التى سبق أن أشرنا إليها .





الباب الثاني

التاجر

بعد ان انتهينا من دراسة الاعمال التجارية نعرض الى دراسة ما الذى يقصده النظام بالتاجر ثم نتولى بعد ذلك دراسة التنظيم القانونى لسير الحرفة التجارية أو القواعد التى وضعها النظام لضمان قيام نشاط التجار على أساس سليم وخلق الجو الملائم لتمكين التجار من ممارسة نشاطهم فى سهولة ويسر وفى اطار النظام .

الفصل الأول

شروط اكتساب صفة التاجر

عرفت المادة (١) من نظام المحكمة التجارية بأنه « كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها مهنة له » وقد يفهم من ذلك ان الشرط الوحيد لاكتساب صفة التاجر هو احتراف الاعمال التجارية ولكن يجب كذلك لاكتساب هذه الصفة ان يتمتع التاجر بالاهلية اللازمة لاحتراف التجارة وللقيام بالاعمال التجارية .

ويجب فضلا عن ذلك لاكتساب صفة التاجر توافر شرط المسئولية غير المحدودة عن الديون الناشئة من ممارسة التجارة ، اى ان يغامر المحترف بذمته

كاملة فى نشاطه التجارى تطبيقا لمبدأ وحدة الذمة ، فالنظام لايجيز اكتساب صفة التاجر لمن يرغب فى تحديد مسئوليته عن الديون التجارية ، ولا يأخذ النظام السعودى بشركة الرجل الواحد . فاذا لجأ شخص الى هذا التجديد فالشركة لاتقوم . وعلى من يريد تحديد مسئوليته ان يدخل الاموال التى يقبل المغامرة بها فى ذمة شركة تجارية تتمتع بالشخصية القانونية وتسأل فى كل اموالها .

فالشخص الذى يريد ان يكتسب صفة التاجر لايستطيع ان يحدد مسئوليته عن ديونه التجارية الا عن طريق الاشتراك فى خلق شخص قانونى آخر يسأل عن الديون فى كل أمواله . وتطبيقا لهذا المبدأ يعتبر الشريك المتضامن فى شركة التضامن او شركة التوصية بنوعيها تاجرا لأنه يغامر بذمته كاملة فى نشاطه التجارى . وبالعكس لايكون الشريك الموصى أو المساهم أو الشريك فى الشركة ذات المسئولية المحدودة تاجرا لأن مسئوليته محددة . أما الشركة التجارية فهى تاجرة لأنها شخص قانونى يسأل فى موضوع ذمته . وهكذا تكون المسئولية المطلقة عن الديون التجارية من الشروط اللازمة لاكتساب صفة التاجر .

تبدو أهمية التفرقة بين من يكتسب وصف التاجر وبين من لايتوفر فيه هذا الوصف من أن بعض الاحكام التى تنظم ممارسة التجارة وأعمال التجار لايخضع لها سوى التجار ، كالتزام التاجر بالقيد فى السجل التجارى ، وامساك الدفاتر التجارية ، والخضوع لنظام الافلاس والصلح الواقى منه ، كما أن بعض المهن التجارية تخضع لأحكام خاصة ، كالوكالة التجارية ، والاستيراد والتصدير ، وبعض الصناعات كصناعة الادوية والأغذية وغيرها .

ويضع النظام لمن يكتسبون صفة التاجر حقوقا خاصة بهم ، كعضوية الغرف التجارية والصناعية .

كذلك فإنّ لوصف التاجر صلة وثيقة بتحديد نطاق تطبيق الانظمة التى تنظم التجارة ، ذلك أن مجال هذا التطبيق يتسع ليشمل أعمالا هى فى الأصل أعمال مدنية تتصف بالصفة التجارية لارتباطها بشخص من يقوم بها اذا كان تاجرا ، وهى الأعمال التجارية التبعية وتتجه الأحكام القضائية الى وضع قرينة ،

يفترض بموجبها أن جميع الأعمال التى يقوم بها التاجر تعد أعمالا تجارية إلى أن يقوم الدليل على العكس .

المبحث الأول : احتراف الأعمال التجارية

اشترط النظام فى المادة الأولى منه لاكتساب صفة التاجر اتخاذ الشخص الاعمال التجارية مهنة له وبعبارة أخرى فان النظام قد اشترط احتراف الاعمال التجارية بتكرار الشخص للقيام بالأعمال التجارية بصفة مستمرة ومنتظمة على نحو يبعث على الاعتقاد بأن الشخص قد استهدف اتخاذ العمل التجارى مهنة له وسبيلا للارتزاق .

وليس من السهل فى الواقع وضع تعريف دقيق للحرفة لأنها فكرة اجتماعية أكثر مما هى قانونية ، ويمكن على أى حال تعريف الاحتراف بأنه توجيه النشاط بشكل رئيسى معتاد الى القيام بعمل معين بقصد الربح أو بأنه مباشرة نشاط يتخذ وسيلة لكسب العيش .

ويقوم قصد الربح كعنصر مشترك بين الأعمال التجارية لذلك يمكن تعريف احتراف الاعمال التجارية بأنه توجيه النشاط على نحو رئيسى معتاد الى القيام بهذه الأعمال .

ولايكفى قيام الشخص بأى أعمال تجارية على وجه الاعتياد ليكسب صفة التاجر إذ يجب ان يتخذ الاحتراف والاعتياد سبيلا للارتزاق ، فمن الاعمال مالايتصور أن يحترفه الشخص كصكوك الائتمان والوفاء التجارية (الكمبيالة والسند الاذنى والشيك) إذ من غير المعقول أن يوجه شخص نشاطه على نحو رئيسى معتاد الى سحب الكمبيالات أوالشيكات أو تحرير السندات الاذنية لأن هذه الاعمال بطبيعتها تابعة لنشاط رئيسى آخر قد يكون مدنيا وقد يكون تجاريا . فمالك العقار الذى يسحب كمبيالات بالاجرة على مستأجريه ليس تاجرا لأنه لايحترف سحب الكمبيالات بل يحترف تأجير العقار .

والاحتراف يقتضى تكرار القيام بالاعمال التجارية والاعتياد على ممارستها فلايعد تاجرا من يقوم بعمل تجارى عارض أومتقطع .

وإذا كان الاحتراف يقتضى الاعتياد فانه يجب لكى يكون الاعتياد احترافا توجيه النشاط بصفة رئيسية للأعمال التجارية فالاعتياد مرتبة أدنى من الاحتراف لاتكفى لاسباغ صفة التاجر على من يعتاد القيام بالأعمال التجارية ، وعلى ذلك فمستأجروا الأرض الزراعية أوالزراع الذين يتولون عادة شراء محصولات الغير لبيعها مع محصولاتهم ومايقوم به بعض الاشخاص من عمليات تجارية أثناء موسم الحج فقط لايعد احترافا لمهنة التجارة .

وتختلف صور الاحتراف فى العمل سواء من حيث شكل الاحتراف ـ بأن يكون ظاهرا أومستترا منظما أوغير منظم واحدا أومتعددا ـ أم من حيث شخص المحترف ـ الذى قد يكون شخصا طبيعيا أوشخصا معنويا خاصا أو عاما ـ أم من حيث مشروعية هذا الاحتراف أوعدم مشروعيته .

ويطرح تنوع الاحتراف التساؤل عما إذا كان هذا التنوع والتغاير يؤثر على وصف المحترف للاعمال التجارية بصفة التاجر .

المطلب الأول

الاحتراف الظاهر والمستتر

من الطبيعى أن يقترن احتراف التجارة بالعلانية والاعلان عنه التى تتمثل فى اتخاذ محل تجارى لافت للنظر والاعلان عنه بشتى الوسائل واستعمال مطبوعات باسم المحل ونحو ذلك . ولكن المحترف قد يمارس تجارته خفية وبطريق مستتر لاسباب كثيرة ، فقد يكتفى الشخص بممارسة التجارة فى الخفاء .

ولكن قد يلجأ الشخص الى الاستتار وراء شخص آخر بأن يمارس التجارة مختفيا وراء من يتاجر بأمواله ويعمل لحسابه وان كان يظهر أمام الغير على أنه التاجر الحقيقى ويتعامل بأسمه دون اشارة الى الشخص المستتر . وكثيرا ماتتحقق هذه الصورة فى العمل للتحايل على حظر الاتجار على بعض

الاشخاص كالموظفين والمحامين وغيرهم من أصحاب المهن الحرة .

والراجح فى هذه الحالة أن الشخص المستتر يكتسب صفة التاجر لأنه يستفيد من أرباح التجارة ويتحمل مخاطر الخسائر ومن ثم يجوز اشهار افلاسه ، أوالشخص الظاهر ، فان مسئوليته عن الدور الذى يلحقه هذا الوضع بالغير الذين تعاملوا معه على أنه التاجر محل خلاف بين الفقهاء وان كان الرأى الراجح يذهب الى وجوب اعتباره تاجرا تطبيقا لنظرية الظهور وحماية لثقة الغير المشروعة التى نتجت عن ظهوره بمظهر التاجر واعتقاد الغير بتمتعه بصفة التاجر[١] .

ومن الجدير بالذكر أنه نظرا لوجود حالات كثيرة جدا للاتجار المستتر فى المملكة من قبل موظفى الدولة ومن غيرهم فقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٢٣٠ وتاريخ ١٣٨٧/٢/١٢هـ ، متضمنا اعتبار قيام الموظف بتسجيل المحل التجارى باسم القاصر المشمول بولايته أو وصايته اشتغالا بالتجارة بطريق غير مباشر .

كذلك أخطرت ادارة السجل التجارى ان تمتنع عن تسجيل مؤسسات تجارية يملكها بطريق مباشر أو غير مباشر موظفو الدولة العامون[٢]

المطلب الثاني

الاحتراف المتعدد

قد تتعدد حرف الشخص الواحد الذى يمارس عدة مهن ويعتمد عليها فى كسب العيش وكمورد للرزق ، وقد تكون إحدى هذه الحرف فقط تجارية كأن

---

(١) انظر فى هذا الخصوص على جمال الدين : الوجيز ١٠٧ ومحمد حسين عباس : القانون التجارى العربى ص١٦٣ .

(٢) خطاب سمو الامير فيصل الى وزارة الخارجية بتاريخ ١٣٨٠/٣/٩هـ ، ويلاحظ ان نظام الخدمة المدنية ينص فى المادة ١/١٣ـ أ على انه يعد اشتغالا بالتجارة وفق احكام النظام قيام الموظف بتسجيل محل تجارى باسم القاصر الذى تشمله ولايته أووصايته .

يكون الشخص تاجرا ومزارعا أوموظفا وتاجرا . فما أثر تعدد الحرف على إكتساب ذلك الشخص لصفة التاجر ؟

القاعدة ان الشخص الذى يمارس حرفة تجارية يعتبر تاجرا ولو كانت حرفته الرئيسية التى يعتمد عليها أساسا فى معاشه حرفة مدنية ، بشرط ألا تكون الأعمال التجارية مندمجة فى الحرفة المدنية الرئيسية وإلا كانت اعمالا مدنية لاتكسب صفة التاجر . أما فى غير هذه الصورة فان الشخص يكون تاجرا إذا مارس مهنة أو حرفة تجارية الى جوار مهن وحرف اخرى .

وعند تعدد المهن أو الحرف تخضع كل مهنة أو حرفة للقانون الخاص بها فاعمال الشخص التجارية يسرى عليها القانون التجارى واعماله المدنية يسرى عليها القانون المدنى ، ولكن اذا كان للشخص نشاط مدنى واخر تجارى وتوقف عن دفع ديونه التجارية ـ ولو كانت حرفته التجارية ثانوية ـ فان افلاسه يشهر وتضمن كافة امواله ديونه التجارية تطبيقا لمبدأ وحدة الذمة الذى يأخذ به القانون ويعتمد من أبرز وأهم الأسس التى يقوم عليها القانون التجارى .

المطلب الثالث

تأثير حجم المشروع ودرجة تنظيمه على احتراف التجارة

القاعدة العامة فى التشريع السعودى عدم التفرقة بين صغار التجار وكبارهم بل تثبت صفة التاجر لكل من يحترف الأعمال التجارية أيا كان حجم المشروع التجارى أو مبلغ تنظيمه المهنى . فالباعة الجائلون وبائعوا الملابس القديمة والسماسرة المتجولون كلهم تجار فى نظر القانون وفقا للقواعد العامة وان تدنت رؤوس اموالهم وإنخفضت ارقام أعمالهم وأرباحهم .

ولكن لايمكن اطلاق هذه القاعدة وتطبيقها بكل ابعادها خاصة اذا تعلق الأمر ببعض الالتزامات التى يكون من العسير الزام أصاغر التجار بها ، لذلك فقد جرى العمل على اعفاء اصاغر التجار من بعض التزامات التجار كالقيد فى

السجل التجارى وامساك الدفاتر والخضوع لنظام الافلاس .

ويتجه التشريع التجارى السعودى الى التفرقة بين كبار التجار وصغارهم بالنسبة لبعض الالتزامات فلايلتزم بالقيد فى السجل التجارى الا التاجر الذى له محل ثابت يباشر فيه مهنته (مادة ٥ من نظام السجل التجارى) وبشرط أن يتجاوز رأس ماله خمسة آلاف ريال . اما الذين يقل رأس مالهم عن هذا القدر فانهم لايقيدون فى السجل الا اذا رغبوا فى ذلك باختيارهم وتسرى عليهم عندئذ أحكام النظام[١]

هذا ومن الجدير بالذكر ان التشريع التجارى الحديث يتجه الى التمييز والتفرقة بين كبار التجار وصغارهم بالنسبة للخضوع لبعض الالتزامات ومن أبرز التشريعات التى تتجه الى ذلك القانون التجارى الالمانى والتشريعات الأخرى التى حذت حذوه .

المطلب الرابع

شخص المحترف

اذا احترف الشخص الطبيعى التجارة فإنه يصبح تاجرا اذا توافرت له أهلية احتراف التجارة وفقا لأحكام النظام .

وبديهى أن الاحتراف يتعلق بالشخص الطبيعى ولايخلع على الشخص الاعتيادى أوالمعنوى لذلك كان من الأصح وصف الشركة بصفة التاجر إذا كان موضوعها أومحلها القيام بأعمال تجارية بالشركة لها محل أوموضوع هو أعمالها ولكنها تتأبى على فكرة أو وصف الاحتراف .

المطلب الخامس

مشروعية الاحتراف

اتجهت بعض أحكام القضاء إلى أن صفة التاجر مركز قانونى لايمكن ان يكتسب عن طريق أعمال مخالفة للقانون فلا بدّ أن يمارس التاجر أعمالا تجارية

(١) قرار مجلس الوزراء رقم ١٥٥ فى ١٣٨٥/٣/١٥هـ .

وفقا لاحكام النظام حتى يخلع عليه النظام وصف التاجر ، فاذا مارس أعمالا غير مشروعة واحترفها فلاترقى به هذه الاعمال وذلك الاحتراف الى التمتع بالمركز القانونى للتاجر .

والواقع ان الاخذ بهذا الاتجاه يعرض المتعاملين حسنى النية للخطر ، فهم يقدمون الائتمان أو يوردون البضائع إلى مؤسسة جاهلين ان نشاطها غير مشروع ، فاذا قام شخص بتوريد اشياء الى أحد التجار وهو لايعلم أنه يتجر فى المخدرات ، فإنه قد يحرم من الضمانات القانونية المرتبطة بصفة التاجر وأهمها اشهار افلاس المشترى ، إذا توقف عن الدفع .

لذلك فمن الراجح فى نظرنا القول انه يجب الحد من التطبيق المنطقى للقواعد القانونية التى يطبقها القضاء فى هذا الشأن على الأقل بالنسبة للاحكام التى تحقق مصلحة الغير حسن النية وذلك حماية لهم ولاستقرار المعاملات .

وتتجه ادارات ومصالح الضرائب فى كثير من دول العالم الى طلب حصة الدولة من الضرائب على الارباح التجارية ممن يثبت أنهم مارسوا تجارة غير مشروعة حتى لايكونوا فى وضع أفضل ممن يتجرون فى سلع مشروعة

المبحث الثاني : الأهليّة التجارية

لاتكفى ممارسة الأعمال التجارية حتى يكتسب الشخص صفة التاجر ، فقد سبق أن ذكرنا أنه ينبغى كذلك أن يتمتع الشخص بالأهلية التجارية حتى يكتسب صفة التاجر .

ويختلف انعدام ونقص الأهلية الذى ينبنى على صفات طبيعية فى الانسان كالسن والحالة العقلية ـ عن حظر الاتجار على بعض الاشخاص تحقيقا لأهداف تتعلق بمصلحة عامة كحماية الجمهور أوالحرص على حسن سير المرافق العامة أوتحقيق أغراض اقتصادية أواجتماعية أوغير ذلك .

وهناك حالات متعددة يحظر النظام فيها على بعض الاشخاص أوالفئات

ممارسة أو احتراف التجارة كتحريم الاتجار على موظفي الدولة استجابة لاعتبارات مختلفة أبرزها تحقيق استقلال الموظفين فى أداء أعمالهم وتفرغهم لها وقيامهم بها على نحو يتفق وكرامتها . (أنظر المادة ١/١٣ من نظام الخدمة المدنية) .

وقد يفرض المشرع عند مخالفة قواعد حظر الاتجار جزاء تأديبيا كفصل الموظف ، وقد يكون الجزاء من نوع آخر وفق مايحدده النظام وذلك دون أن يكون لتوقيع هذا الجزاء أثر على إكتساب صفة التاجر لمن يحترف الأعمال التجارية إذا خالف قواعد الحظر ولكنه استكمل شروط ممارسة الأعمال التجارية وأهلية الاتجار .

والواقع أن التمييز بين انعدام الاهلية أونقصها وحظر الاتجار واختلال الجزاء الذى يوقع فى حالة مخالفة قواعد كل منهما يستند إلى أن قواعد الأهلية وضعت لحماية ناقصى الأهلية أومعدوميها ، فوجب أن تستتبع مخالفتها البطلان ، أما الحظر فهدفه تحقيق المصلحة العامة أوحماية الغير ، وليس من شأن هذه الغاية اسقاط صفة التاجر لأنها ترتب نتيجة عكسية بحرمان الغير من ضمانات القانون التجارى بينما يستفيد مخالف الحظر بتجنبه الجزاءات التجارية القاسية . وفى الجزاء الادارى أوالجنائى مايكفى لحماية المصلحة العامة .

ولذلك فالأوفق ابقاء صفة التاجر حماية للمصلحة العامة وللغير حسنى النية مع تطبيق الجزاءات الأخرى الادارية والجنائية ، وينبغى ان ترقى هذه الجزاءات الى الحد الذى يحمى المصلحة العامة من مخالفة قواعد حظر الاتجار .

المطلب الأول

أهلية الوطنيين

عرض المشرع السعودى لأهلية الوطنيين للاتجار فى المادة (٤) من نظام المحكمة التجارية التى نصت على أن « كل من كان رشيدا أو بلغ سن الرشد

فله الحق أن يتعاطى مهنة التجارة بأنواعها » ومن هذا يبين أن النظام يجعل فى شأن أهلية الاتجار الى القواعد العامة فى الاهلية ومن الملاحظ ان نص المادة (٤) سالف الذكر يفرق بين الرشيد ومن بلغ سن الرشد وان كان يقرر أهلية كل منهما لاحتراف التجارة .

وبديهى أن المشرع يقصد بذلك أن البالغ الرشيد وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية أهل للاتجار . أما من بلغ سن الرشد أى ثمانية عشر عاما فيكون أهلا للاتجار فى جميع الأحوال ولو كان لم يبلغ الحلم بعد فاذا بلغ الشخص هذه السن غير مصاب بعاهة فى العقل فإنه يكون مستوفيا شرط الأهلية لاحتراف التجارة .

ومع ذلك يجوز لولى القاصر طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية ان يأذن للقاصر بالاتجار ويمكن ان يكون الاذن مطلقا يشمل كل صور التجارة و كل أموال القاصر ، كما يمكن أن يكون مقيدا بنوع معين من التجارة أو بقدر معين أونسبة من اموال القاصر .

وعلى أية حال يكون القاصر المأذون بالاتجار كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى فى شأنه ومن ثم تكون أعمال القاصر المأذون فى مباشرة تجارته صحيحة ، ويكون له أن يجرى جميع التصرفات المتصلة بهذه التجارة من بيع وشراء واقتراض وصلح وتحكيم ولكنه مع ذلك يبقى ناقص الأهلية فى كل ماعدا ذلك من الأعمال التى لاتتصل بمباشرة التجارة التى أذن فيها وخارج نطاق هذا الاذن .

وبناء على ماتقدم يكتسب القاصر المأذون صفة التاجر فتطبق ويلتزم بالتزامات التجار ويجوز اشهار افلاسه ولكن مسئوليته عن الديون التجارية لاتتعدى دائرة الأموال التى حددها الاذن اذا كان مقيدا وذلك استثناء من مبدأ وحدة الذمة .

وبديهى أن هذا التحديد لمسئولية القاصر المأذون يضعف ائتمانه لدى الغير وهو ائتمان ضعيف اصلا ولو كان الاذن مطلقا لأن سحب الاذن جائز فى أى وقت

فاذا تم ذلك افسرت عن القاصر المأذون أهليته وعاد قاصرا فى تصرفاته كما كان قبل الاذن .

ولكن ما الذى يترتب على ممارسة القاصر للتجارة دون تمتعه بالأهلية التجارية ؟

لاشك أن القاصر الذى يمارس التجارة دون أن يتمتع بالأهلية التجارية ودون أن يحصل على إذن من وليه أو وصيه لايكون تاجرا ولايلتزم بالتزامات التجار ولايتعرض للآثار القانونية التى يترتب على توقفه عن دفع ديونه كاشهار افلاسه وتكون الاعمال التجارية التى مارسها باطلة لمصلحته ، وتنطبق القواعد العامة فى آثار البطلان النسبى لنقص الاهلية وفقا لما سبق أن عرضنا له فى دراستنا لنظرية العقود .

وقد لايكون من اليسير تطبيق القواعد السابقة فى بعض الأحوال ، ومن ذلك أنّه إذا آلت الى القاصر بالميراث حصة شريك متضامن فى شركة تضامن أو شركة توصية ، وكان قد نص فى عقد الشركة على أنها لاتنحل بوفاة أحد الشركاء بل تستمر مع ورثته ولو كانوا قصرا وهو مايجيزه نظام الشركات السعودى الصادر ١٣٨٥هـ ، (مادة ٣٥) فماذا يكون الحكم بشأن اكتساب القاصر الوارث للصفة التجارية ؟

الواقع أن الرأى قد انقسم فى هذا الغرض الى اتجاهين اولهما أن القاصر الوارث يصبح شريكا متضامنا كما كان مورثه ويكتسب صفة التاجر ويجوز اشهار افلاسه دون أن تلحقه الاثار الشخصية للافلاس وهذا الرأى هو ما استقر عليه القضاء التجارى فى مصر .

ويذهب الرأى الثانى إلى عدم اكتساب القاصر الوارث للصفة التجارية بما يترتب على ذلك من آثار .

والواقع أنه قد يكون الحل الأمثل هو ماتضمنه القانون الالمانى والقانون اللبنانى من أن وارث الشريك المتضامن ينقلب شريكا موصيا إذا كان قاصرا

لأن هذا الحل أكثر رعاية لمصلحة القاصر إذ يحدد مسئوليته عن الصحة التى ورثها بما يتفق ومستوى مايتمتع به من أهلية .

المطلب الثانى

أهلية المرأة للاتجار

لاتفرق الشريعة الاسلامية بين الرجل والمرأة بشأن قواعد الأهلية إذ تخضع المرأة لنفس الأحكام التى يخضع لها الرجل من حيث الأهلية للاتجار ومن ثم يمكن للمرأة المتزوجة أن تحترف التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها . وعلى خلاف ذلك فقد أخضعت بعض التشريعات الأجنبية المرأة لقواعد مختلفة ولم تجز لها الاتجار إلا بأذن من زوجها ولم تتحرر المرأة الفرنسية تماما من هذه القيود الا بصدور القانون رقم ١٧٥ لسنة ١٩٦٥ الذى أجاز لها مباشرة التجارة بغير إذن زوجها على حين مازالت بعض التشريعات كالقانون التجارى اللبنانى يلزم المرأة بالحصول على إذن الزوج لممارسة التجارة (انظر م ١١ من القانون التجارى اللبنانى) .

المطلب الثالث

أهلية الأجنبىّ للاتجار

تحيط بممارسة الاجانب للتجارة قيود مختلفة فى كثير من الدول ، فاذا ثبت للاجنبى وفقا لقوانين الدولة المضيفة حق ممارسة التجارة عند ئذ يطرح التساؤل عن القانون أوالنظام الذى يخضع له فى أهليته .

والأصل أنه متى كان للأجنبى حق الاتجار فى المملكة فيرجع فى تحديد أهليته إلى قانون جنسيته .

ولاشك فى أن هذا يهدد استقرار المعاملات التى يبرمها الأجنبى مع الوطنيين إذ لايتسنى لهم الرجوع الى قانون جنسية الاجنبى أومعرفة أحكامه قبل كل تعامل معه .

على أية حال فإن كثيرا من التشريعات تتغلب على هذه الصعوبة بتقريرها صحة العقد الذى أبرمه الأجنبى إذا كان بطلانه يرجع إلى سبب فيه اخفاء متعمد منه ولايستطيع المتعاملون الوطنيون كشفه أوالتحقيق منه .

المبحث الثالث : مدى أحقية الأجانب فى ممارسة التجارة فى المملكة العربية السعودية

تقيم بعض الدول قيودا معينة على حرية الأجانب فى الاتجار .

وفى ضوء ذلك يطرح التساؤل عن حق غير السعودى فى ممارسة التجارة فى المملكة .

الواقع أن نظام استثمار رأس المال الاجنبى الصادر عام ١٣٧٦هـ تناول هذا السؤال وأوجب حصول غير السعوديين على رخصة من وزير المالية أو من وزير التجارة لممارسة التجارة (مادة ٤) وبشرط أن تكون ممارسة التجارة فى شكل شركة مستقلة يكون فيها أحد الشركاء على الأقل سعوديا ويملك ٥١٪ على الأقل من مجموع رأس مال الشركة وعلى الا تقل حصة كل شريك سعودى عن مائة ألف ريال (مادة ٦) كما يجوز للشركات الاجنبية ان تفتح لها فروعا فى المملكة بشرط موافقة مجلس الوزراء (مادة ١٣) ولما ألغى هذا النظام وحل محله نظام استثمار رأس المال الاجنبى لعام ١٣٨٣هـ ظل المبدأ هو وجوب الترخيص من وزير التجارة والصناعة وكذلك عن استثمار رأس المال الاجنبى فى مشروعات التنمية الاقتصادية وذلك حتى ينتفع رأس المال الاجنبى بالمزايا الواردة فى هذا النظام وتصفى المنشآت التى لاتستوفى الشروط القانونية الا اذا حصلت المنشأة على رخصة استثنائية دائمة من مجلس الوزراء متى كانت هناك مصلحة جوهرية فى استثنائها (مادة ١١) . وبالنسبة للشركات الاجنبية لاتستطيع هذه الشركات ان تنشىء لها فى المملكة فروعا أو وكالات أو مكاتب الا

بترخيص من وزير التجارة (مادة ٢٢٨ من نظام الشركات) . غير أنّه يجوز لغير السعوديين أن يدخلوا شركاء فى الشركات السعودية على اختلاف انواعها ، وذلك مع مراعاة أنه يجب فى بعض الأنظمة التجارية أن يكون جميع الشركاء سعوديين كما هو الحال بشأن الوكالات التجارية (نظام الوكالات التجارية لعام ١٣٨٢هـ مادة « ١ ») .

وقد ظل نظام ١٣٨٣هـ معمولا به حتى صدر نظام استثمار رأس المال الاجنبى الجديد فى سنة ١٣٩٩هـ ، على أن يعمل به اعتبارا من ٢٩ ربيع الأول ١٣٩٩هـ .

ويعرف النظام الجديد رأس المال الاجنبى بأنه النقود والاوراق المالية والأوراق التجارية والآلات والمعدات وقطع الغيار والمواد الأولية والمنتجات ووسائل النقل والحقوق المعنوية كحق الاختراع والعلامات الفارقة وماماثل ذلك من القيم متى كانت مملوكة لشخص طبيعى لايتمتع بجنسية المملكة العربية السعودية أولشخص معنوى لايتمتع جميع مالكى حصص رأس ماله بجنسية المملكة . ولاتسرى أحكام هذا النظام على المشروعات التى صرح لها بمزاولة نشاطها فى المملكة بموجب انظمة واتفاقيات خاصة . كما يحكم الاستثمارات الاجنبية فى قطاع البترول والمعادن نظام آخر تطبقه وزارة البترول والثروة المعدنية ، وقد أوجب النظام ان يخضع استثمار رأس المال الاجنبى لشرط الحصول على ترخيص يصدر به قرار من وزير الصناعة والكهرباء بناء على توصية لجنة الاستثمار وذلك إذا استوفى الشرطين الآتيين :

(ا) أن يستثمر رأس المال الأجنبى فى مشروعات التنمية والتى لاتشمل مشروعات استخراج البترول والمعادن على نحو ماسبقت الاشارة اليه .

(ب) أن يكون مصحوبا بخبرات فنية أجنبية .

وقد نص النظام على ان تحديد مشروعات التنمية يتم بقرار يصدر من وزير الصناعة والكهرباء بناء على اقتراح لجنة الاستثمار على ان يكون ذلك كله فى اطار خطة التنمية للدولة .

أما عن لجنة استثمار المال الاجنبى فقد نص النظام على انشائها فى وزارة الصناعة والكهرباء وتشكيلها من وكيل وزارة الصناعة والكهرباء أو من يقوم مقامه عند غيابه رئيسا ، ومن مندوب عن وزارة التخطيط ، ومندوب عن وزارة المالية والاقتصاد الوطنى ، ومندوب عن وزارة الزراعة والمياه ، ومندوب عن وزارة البترول والثروة المعدنية ، ومندوب عن وزارة التجارة .

وقد نص النظام على ان مداولات هذه اللجنة سرية ، وان قراراتها تصدر بأغلبية الحاضرين ، ولاتكون هذه القرارات نهائية الا بتصديق وزير الصناعة والكهرباء .

وقد تضمن النظام الجديد حكما ينص على أن ينتفع رأس المال الاجنبى الذى استوفى الشروط المنصوص عليها فى النظام بالمزايا الآتية .

(ا) جميع المزايا التى يتمتع بها رأس المال الوطنى بموجب نظام حماية وتشجيع الصناعات الوطنية بالنسبة للمشروعات الصناعية فقط .

(ب) اعفاء المشروع الصناعى أوالزراعى الذى يستثمر فيه رأس المال الاجنبى من ضرائب الدخل والشركات لمدة عشر سنوات ، واعفاء المشروعات الأخرى من هذه الضرائب مدة خمس سنوات .

كما نص النظام على أن تستفيد من هذه الاعفاءات المشروعات التى تتمتع بالاعفاء وقت العمل بهذا النظام . وقد اشترط النظام لسريان الاعفاء ان يتملك رأس المال الوطنى نسبة لاتقل عن خمسة وعشرين فى المائة (٢٥٪) من رأس مال المشروع ، وان تبقى هذه النسبة طوال مدة الاعفاء .

كما نص النظام على أن تبدأ مدة الاعفاء من تاريخ بدء الانتاج . واجاز النظام لمجلس الوزراء ان يعدل هذه الفقرة الاخيرة .

(ج) من المزايا التى نص النظام على ان ينتفع بها رأس المال الاجنبى كذلك تملك العقار اللازم وفقا لنظام تملك غير السعوديين للعقارات .

وقد نص النظام على أن احكامه تسرى على ممارسة المشروعات القائمة قبل نفاده لنشاطها وعلى أى زيادة فى رأس مالها . وقد أوجب النظام على

المشروعات المنتفعة من احكامه ان تخضع لانظمة العمل والتأمينات الاجتماعية وغيرها من الأنظمة المعمول بها فى المملكة .

واجاز النظام لوزير الصناعة والكهرباء سحب الرخصة الممنوحة لأى مشروع أوتصفيته نهائيا بناء على توصية لجنة الاستثمار اذا كان المشروع قد رخص له بمقتضى احكام هذا النظام وخالف احكامه ولم يستجب للانذار الصادر له باتباع هذه الاحكام فى خلال مدة معينة .

ويجوز للوزير بناء على توصية اللجنة سالفة الذكر عوضا عن سحب الرخصة ان يقرر حرمان المنشآة من كل او بعض المزايا المنصوص عليها فى النظام . واجاز النظام لذوى الشأن التظلم الى ديوان المظالم من قرار الوزير الصادر بالعقوبة خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه بالطرق الرسمية ويكون حكم الديوان فى التظلّم باتا ونهائيا .

ونص النظام على ان يصدر وزير الصناعة والكهرباء اللوائح التنفيذية لهذا النظام وعلى ان تنشر هذه اللوائح فى الجريدة الرسمية .

وسوف تكتمل بصدور اللوائح التنفيذية صورة واضحة عن القواعد والاحكام الخاصة بتطبيق احكام هذا النظام .

هذا ومن الملاحظ ان بعض الدول تقف بالنسبة لممارسة الاجنبى للتجارة موقفا أقل شدة وتجيز للاجانب التجارة بشرط معاملة مواطنيها بالمثل وفقا لقانون جنسية الاجنبى فاذا كان القانون الاخير يبيح لمواطنى الدولة التجارة فى اقليمها سمحت هى لمن يتمتع بجنسية تلك الدولة بممارسة التجارة على ارضها .

المبحث الرابع : إثبات صفة التاجر

الأصل ان صفة التاجر لاتفترض ولكن يجب ان يقوم الدليل على ثبوت الاحتراف واكتمال الشروط اللازمة لاكتساب صفة التاجر ولاتثبت للشخص صفة التاجر إلا اذا اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له (وفقا

لأحكام النظام) ولذلك يجب على من يدعى لنفسه أولغيره صفة التاجر ان يثبت احتراف العمل التجارى ، لافرق فى ذلك بين أن يكون المدعى هو التاجر نفسه أوشخص من الغير .

وإثبات صفة التاجر يستوجب من المحكمة تحقيق أربعة أمور :

أولها : يتعلق بالأعمال التى ينسب الى الشخص القيام بها ويفصل فى شأنها قاضى الموضوع .

ثانيها : يتعلق بالبحث فى طبيعة العمل الذى ثبت للمحكمة قيام الشخص به وهل يعتبر هذا العمل مدنيا أوتجاريا . وخلع الصفة التجارية على العمل مسألة قانونية لاتخضع لتقدير المحكمة .

ثالثها : يتعلق بالبحث فى قيام الاحتراف لانه شرط يتطلبه القانون لاعتبار الشخص تاجرا ، والاحتراف كذلك مسالة قانونية لاتقدير فيها للقاضى .

رابعها : يتعلق باستخلاص تمتع الشخص أو عدم تمتعه بوصف التاجر على أساس ما استظهرت المحكمة من وجود الاحتراف بالتجارة أو عدم وجوده فى ظروف الدعوى المعروضة عليها ، وهى مسألة قانونية يترتب عليها بحسب الاحوال اكتساب الشخص صفة التاجر أو عدم ثبوت هذا الوصف له ، فاذا ثبت امام المحكمة ان الشخص يقوم بالعمل التجارى على وجه الاحتراف وجب عليها الاعتراف له بصفة التاجر دون ان يكون لها فى ذلك أى سلطة للتقدير ، إذا يكون الشخص قد اكتسب وفقا للنظام المركز القانونى الخاص بالتاجر .

ويثبت احتراف التجارة بكافة طرق الاثبات وتستعين المحكمة فى اثبات احتراف التجارة بالقرائن . فاذا قيد الشخص نفسه فى السجل التجارى فلايفيد ذلك فى ذاته اكتساب صفة التاجر إذ يتصور وقوع القيد خطأ أو بناء على رغبة الشخص فى الصاق صفة بنفسه ليست له . لكن تستطيع المحكمة ان تأخذ من القيد فى السجل التجارى قرينة على أن الشخص تاجر ، ويكون لمدعى هذه الصفة تعزيز هذه القرينة بكل الطرق كما يكون للشخص فى كل الاحوال ان يثبت العكس .

وقد ذهبت بعض الاحكام القديمة الى ان الشخص الذى يصف نفسه بأنه تاجر فى التصرفات التى يجريها وفى اوراق المرافعات لايستطيع ان ينازع فى هذه الصفة . ولكن الصحيح هو ان اتصاف الشخص بأنه تاجر فى التصرفات أو فى اوراق المرافعات أو استعمال خطابات تحمل اسمه مطبوعا وموصوفا بوصف التاجر لايكفى لاثبات هذه الصفة بل يقتصر أثر ذلك على انشاء قرينة واقعية للغير ان يتمسك بها ولكنها قرينة تقبل اثبات العكس بكافة الطرق .

ويظل الشخص متمتعا بصفة التاجر مادام يقوم بالعمل التجارى ويتخذه حرفة له . فاذا اعتزل الشخص التجارة فإنّه يفقد وصف التاجر ، ومع ذلك يظل يحتفظ بهذا الوصف حتى يفرغ من تصفية أعماله التجارية ، وهو مايترتب عليه جواز شهر افلاسه فى فترة التصفية .

وادا كان الانقطاع عن مزاولة التجارة بسبب الوفاة فان صفة التاجر لاتورث ولكنها تثبت لمن يستمر منهم فى تجارة المورث وفقا لمدى توافر شروط ممارسة التجارة فيه .

الفصل الثانى
تنظيم سير الحرفة التجارية

يترتب على اكتساب الشخص صفة التاجر اضطلاعه بالتزامات مهنته منظمة لحرفته التجارية هى الالتزام بامساك دفاتر تجارية والالتزام بالقيد فى السجل التجارى ، وقد تقررت هذه الالتزامات لحماية مصالح التاجر ومصالح الغير الذين يتعاملون معه .

وقد نظم القانون ببعض هذه الالتزامات سير الحرفة التجارية تنظيماً داخلياً يتمثل فى امساك الدفاتر التجارية لضمان سير المشروع التجارى على أسس

سليمة ، كما نظم القانون ببعض هذه الالتزامات سير التجارة تنظيماً خارجياً بتحقيق قدر لازم من الإشهار لأبراز المعلومات التى يهم الغير المتعامل مع التاجر أن يقف عليها بدقة حتى يكون على بينة من أمره عند المتعاملين معه .

ولاشك أن النظام يستهدف بهذا التنظيم لحرفة التجارة خلق الجو الملائم لنجاح التجارة وازدهارها فضلاً عما يستهدفه من تحقيق مصالح التجار ومصالح المتعاملين معهم .

المبحث الأول : الالتزام بإمساك الدفاتر التجارية

يترتب على التزام التاجر بالإمساك بدفاتر تجارية نتائج هامة بالنسبة للتاجر وللغير .

فالدفاتر التجارية مرآة صادقة لحالة التاجر يستطيع بفضلها أن يسير فى مشروعه التجارى بخطى ثابتة بصيرة يقل معها دور الارتجال ، ولها إلى جانب ذلك فوائد هامة إذ تسهم الدفاتر التجارية فى حل مشكلة الاثبات فيما بين التجار لأن التاجر يسجل فى دفاتره التجارية جميع البيانات المتعلقة بتجارته من بيع وشراء وكل ماله من حقوق وما عليه من التزامات .

وإذا توقف التاجر عن الدفع ، فلا تشفع له إلا دفاتره المنتظمة التى توحى بالثقة إذا كانت تنطق بأنه أفلس لا عن تدليس ولا عن تقصير بل نتيجة لسوء الحظ ووقوع ما لم يكن فى الحسبان وعندئذ ينجو من عقوبات الافلاس ويتمتع بمزايا الصلح الواقى من الافلاس إذا ثبت أن التاجر قد التزم جادّة الصواب وسلك السبيل القويم ولم يسرف فى مصاريفه ونفقاته الشخصية .

وللدفاتر التجارية فائدة كبرى من الناحية الضريبية ، لأن التجار يحققون ربحاً يفرض عليهم بسببه ضرائب ، فالدفاتر المنتظمة التى توحى بالثقة تعتد بها إدارات الضرائب فى تقدير الضريبة وإلا فإنها تلجأ إلى التقدير الجزافى إذا فقدت الثقة فى دفاتر التاجر لعدم انتظامها .

لكل اولئك تطور إمساك الدفاتر التجارية من عمل بسيط يقوم به التاجر وفق اجتهاده إلى علم دقيق هو علم المحاسبة يتطلب دراسات أكاديمية طويلة فضلاً عن الخبرة العملية وأصبحت المحاسبة الدقيقة المنتظمة من أول دعائم المشروع التجارى الحديث الذى يحرص أصحابه على نجاحه وتقدمه .

ويخصص نظام المحكمة التجارية للدفاتر التجاريـة المواد من (٦) إلى(١٠) .

وسنعرض أولاً للالتزام بامساك الدفاتر ثم نعرض لدور الدفاتر التجارية فى الاثبات ضد التاجر أو لمصلحته .

المطلب الأول

أنواع الدفاتر التجارية

يفرض النظام على التاجر سواء أكان فرداً أو شركة أسست وفقاً لأحكام النظام ـ الامساك بالدفاتر التجارية .

كذلك فالراجح أن يلتزم الشريك المتضامن بالإمساك بالدفاتر التى توضح مايحصل عليه من أرباح من الشركة وماينفقه على مصروفاته الشخصية وذلك لأهمية هذه البيانات عند افلاس الشريك أو افلاس الشركة ، ذلك لأن الشريك المتضامن يلتزم بسداد ديون الشركة عند عجزها عن السداد .

ولايفرق النظام فى شأن هذا الالتزام بين التاجر الكبير والتاجر الصغير ، ولكن العرف قد جرى على التسامح بالنسبة لصغار التجار والباعة المتجولين ، وقد جرى العمل على أن يرفع الالتزام بامساك الدفاتر عن كاهل صغار التجار الذين لايتجاوز رأس مالهم خمسة آلاف ريال وذلك أسوة باعفائهم من القيد فى السجل التجارى ، وذلك لأنه ليس من المعقول أو من المقبول أن يلتزم تاجر لايتجاوز رأس ماله هذا المبلغ بالامساك بدفاتر تجاريـة أو تخصيص موظف لاثبات البيانات القانونية فيها .

ولكن ما هى الدفاتر التى يلتزم التاجر بالإمساك بها ؟

يوجب النظام على التاجر أن يمسك أربعة دفاتر هى دفتر اليومية ودفتر الجرد ودفتر الكوبية ودفتر التوثيق .

وقد أصبحت هذه الدفاتر غير متفقة مع تطور فن إدارة المشروعات التجارية فضلاً عن أنها غير كافية حالياً للمشروع الكبير وهى كذلك أكثر من طاقة المشروع الصغير .

والواقع أن القانون المصرى قد جعل الالتزام بامساك الدفاتر مرناً يتكيف حسب طاقة كل مشروع وطبيعته مع وضع حد أدنى للدفاتر الالزامية هو دفتر اليومية والجرد ويمكن لأى مشروع حسب حاجته أن يمسك زيادة عن هذه الدفاتر مايواجه حاجته ويحقق مصلحته .

وفيما يلى بيان الدفاتر الالزامية وفقاً لأحكام نظام المحكمة التجارية :

(١)ـ دفتر اليومية :

يعتبر دفتر اليومية هو السجل اليومى لحياة المشروع التجارى وينص النظام (مادة ٦) على أنه يشتمل على بيان جميع ماله وعليه من الديون يوماً فيوماً وبيان أعمال تجارته مما باعه واشتراه وقبله وحوله واستدانه وادانه وقبضه ودفعه من نقود وأمتعة وأوراق مالية وتجارية وبيان المبالغ المنصرفة على منزله ومحله شهراً فشهراً بالاجمال . وتظهر الحكمة من اثبات المصروفات الشخصية للتاجر فى حالة الافلاس إذ يعتبر التاجر متفالساً بالتقصير إذا ثبت أنه ينفق على حياته الشخصية مبلغاً لاتسمح به حالة تجارته ومركزه المالى وهنا توقع عليه المحكمة العقوبة الجنائية المقررة .

ويستخدم التجار عادة دفاتر يومية مساعدة لاثبات تفاصيل الأنواع المختلفة لعملياته المالية وتخصيص دفتر لكل نوع من هذه العمليات ثم يقوم التاجر بعد ذلك بقيد العمليات اجمالاً فى دفتر اليومية الأصلى .

وبديهى أن هذه الدفاتر اليومية المساعدة اختيارية وليست الزامية .

(٢)ـ دفتر الجرد :

يعد دفتر الجرد وفقاً لأحكام النظام الدفتر الذى يثبت فيه التاجر فى نهاية كل سنة أمواله التجارية منقولة كانت أو غير منقولة ويحصر فيه كل ماله وعليه من الديون وعلى هذا يتضمن هذا الدفتر بياناً للبضائع فى مخازن التاجر ومحله

وبياناً للحقوق والديون التى للتاجر وعليه إذ يلزم النظام التاجر فى نهاية سنته المالية التى يحددها كما يشاء بحصر البضائع الموجودة لديه واثبات تفاصيلها فى دفتر الجرد سواء كانت هذه البضائع معروضة فى محله أو لديه فى مخازنه .

كذلك يلزم النظام التاجر ببيان الحقوق والديون التى له أو عليه فى دفتر الجرد ولكن النظام فى المملكة العربية السعودية لايلزم التاجر بعمل ميزانية إلا فى حالة طلب شهر افلاسه (مادة ١٠٩ من النظام) .

والواقع أننا ندعو إلى الزام التجار بعمل ميزانية سنوية تظهر فى دفتر الجرد يبين فيها مركز الايجابى والسلبى متخذة شكل جدول مكون من جانبين هما : الأصول والخصوم وذلك على نحو ماتتجه إليه التشريعات الحديثة حالياً إذ فى هذا مصلحة للتاجر ويساعده على ضبط حساباته .

③ـ دفتر الكوبية :

دفتر الكوبية أو دفتر صور المراسلات عبارة عن دفتر يضم أصول الرسائل الواردة إلى التاجر والمتعلقة بتجارته وصور الرسائل الصادرة منه إلى الغير والخاصة بتلك التجارة ، كما يجب أن يضم هذا الدفتر أيضاً الفواتير أو صورها . وقد أصبح هذا الدفتر غير متفق مع التطور الحديث فى إدارة الأعمال ولذلك الغته التشريعات الحديثة فى مختلف البلاد واستعاضت عنه بالقاء التزام عام على التاجر بحفظ كافة المستندات المتعلقة بالتجارة أو صورها وذلك بطريقة منتظمة تسهل معها مراجعة القيود الحسابية وتكفل عند اللزوم التحقيق من الأرباح والخسائر . ولكن يستطيع التاجر أن يوزع هذه المستندات على حسابات عملائه الشخصية مرتبة حسب اسمائهم أو موزعة على أقسام المشروع .

④ـ دفتر التوثق :

أما دفتر التوثق فهو خاص بالبيوع والمعاملات التى تتضمن تأجيلاً للوفاء ولذلك تقيد فى هذا الدفتر البيوع والمعاملات بالآجل ويوقع عليه المشترى أو المدين ولذلك يكون حجة عليه فهو دفتر الحقوق الآجلة أو مايسمى أحياناً بدفتر الذممات وهو ذو أهمية بالغة فى اثبات حقوق التاجر قبل الغير .

وبالاضافة إلى هذه الدفاتر الالزامية فقد جرى التجار كل حسب حاجات تجارته وطاقة مشروعه على امساك دفاتر اختيارية أخرى وأهم هذه الدفاتر هى :

١ ـ **دفتر التسويدة** : وتقيد فيه العمليات اليومية بسرعة وبدون تنظيم بمجرد وقوعها وعادة يختص كل دفتر تسويدة بنوع من العمليات على أن تنقل محتوياته فى نهاية اليوم إلى دفتر اليومية . وهذا الدفتر لايغنى عن دفتر اليومية من الناحية القانونية .

٢ ـ **دفتر الخزانة** : أو دفتر الصندوق وهو يسجل حركات النقود من وإلى الصندوق .

٣ ـ **دفتر المخزن** : وهو يسجل حركة البضائع من المخزن واليه أى حركة البيع والشراء فى مظهرها المتعلق بالبضائع وحركتها .

٤ ـ **دفتر الأوراق التجارية** : أو دفتر أوراق القبض والدفع هو يسجل حركة التعامل بالأوراق التجارية المسحوبة من التاجر أو عليه .

٥ ـ **دفتر الأستاذ** : وهو أهم الدفاتر التجارية الاختيارية التى جرى التجار على امساكها إذ هو الدفتر الرئيسى الذى تصب فيه كل الدفاتر الفرعية السابقة وتظهر فيه النتائج النهائية لتحركات عناصر المشروع التجارى كما تبينها هذه الدفاتر ، ويمسك طبقاً لقواعد المحاسبة التجارية ويستخرج التاجر من واقعه ميزانيته السنوية ، ويكفى مجرد الاطلاع عليه حتى يحيط الشخص بوضع التاجر ومركز تجارته ومدى رواجها .

ويشترط النظام انتظام الدفاتر التجارية ، وفى سبيل تحقيق هذه الغاية يضع النظام طائفة من القواعد تهدف جميعاً إلى ضمان صحة البيانات الثابتة فى الدفاتر الالزامية عن طريق منع التلاعب المادى فى هذه البيانات أو التغيير فيها .

وتنص المادة (٧) من النظام على أن دفاتر اليومية والجرد والتوثق (دون دفتر الكوبية) يجب أن تكون محررة بصورة منتظمة دون أن يتخلل بياناتها فراغ أو بياض وأن تكون خالية من العلاوات والتحشية والمسح والحك وأن تكون

صحائفها مرموقة بعدد متسلسل من الابتداء إلى الانتهاء كما توجب المادة (٨) أن تكون هذه الدفاتر قبل استعمالها مسجلة فى قلم المحكمة التجارية حسب الأصول .

ويستهدف المشرع من ذلك إلى منع تغيير بيانات الدفاتر بالشطب أو التحشية أو الكتابة فى الحواشى أو الاضافة إليها عن طريق البياض المتروك . وإذا حدث خطأ عند اثبات بيان بالدفتر ، فيجب تصحيحه بقيد عكسى أى بكتابة أخرى مقابلة عند اكتشاف الخطأ .

ولايفرض المشرع السعودى أى جزاء مباشر على عدم امساك الدفاتر التجارية الالزامية أو عدم انتظامها إلا فى حالة الافلاس وحدها ، فاذا أفلس التاجر ، فان اخلاله بالتزامه بامساك الدفاتر التجارية يعرضه لعقوبة التفالس بالتدليس أو بالتقصير إذ أن وجود دفاتر منتظمة لدى التاجر شرط لازم حتى يمكن اعتباره مفلساً إفلاساً حقيقياً (مادة ١٠٥) أى ليعتبر التاجر المفلس بريئا من التقصير والتدليس . ولكن وجود دفاتر منتظمة لايمنع من اعتبار التاجر مفلسا بالتقصير إذا كان مبذراً فى مصروفاته الشخصية أو كتم عجزه عن دائنيه (مادة ١٠٦) .

أما الافلاس بالتدليس (أو الاحتيال (فهو غير متصور إذا كانت هناك دفاتر منتظمة بل يجب لاعتبار التاجر مفلسا احتياليا أن لا تكون له دفاتر أو أن تكون دفاتره غير منتظمة فضلاً عن توافر الشروط الأخرى الواردة فى المادة (١٠٧) من النظام .

هذا ومن الجدير بالذكر أن المشرع السعودى يعاقب التاجر وفقاً لأحكام المادة (١٤٠) من النظام إذا ارتكب جريمة تزوير فى دفاتره التجارية الالزامية .

المطلب الثانى

حجية الدفاتر التجارية فى الاثبات

لما كان النظام قد الزم باثبات البيانات التجارية الخاصة بتجارة التاجر فى

دفاتره الالزامية على نحو ما قدمنا ولما كانت التجارة تقوم على السرعة فإنّه من الطبيعى أن يسبغ القانون على دفاتر التاجر أهمية خاصة وحجية فى الاثبات خاصة إذا كان خصمه تاجراً إذا يمكن الوصول إلى الحقيقة من مقارنة دفتريهما بصدد البيان أو العملية التى ثار النزاع فى شأنها .

ولما كان الأصل فى العمليات التجارية جواز الاثبات بكافة طرق الاثبات لذلك لم يتضمن النظام أحكاماً تنظم دور الدفاتر التجارية فى الاثبات بل اكتفى المشرع السعودى فى المادة (١٤٩) من النظام إلى النص على مراجعة الدفاتر فى الدعاوى الغامضة كما نص على أن يكون فحص الدفاتر بواسطة لجنة يختارها الطرفان أو المحكمة برئاسة أحد أعضائها .

ونظراً لعدم وضع المشرع قواعد تفصيلية فى هذا الخصوص لذلك كان من الطبيعى أن تطبق القواعد العامة فى الاثبات على نحو مانفصله فيما يلى :

أولا : الاثبات ضد التاجر :

على خلاف القواعد العامة التى تقضى بعدم جواز الزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه يمكن يتخذ من دفاتر التاجر قرينة أو دليلا ضده وبصرف النظر عن انتظام أو عدم انتظام تلك الدفاتر يمكن أن يستخلص منها دليلا ضد التاجر إذ لايجوز للتاجر أن يفيد من عدم انتظام دفاتره .

ويعتبر قيد التاجر باختياره لبيان فى دفتره بمثابة اقرار كتابى منه بصحة هذا البيان[1] . وليس هذا الحكم إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فمن يدعى مديونية التاجر له أن يستند إلى دفاتر هذا التاجر على ألاّ يجزىء هذا الاقرار بأن يأخذ

---

(١) جاء فى تنقيح الحامدية جزء ٢ ص ٣١ وعليه فيما يوجد فى دفاتر التجار فى زماننا ، اذا مات احدهم وقد حرر بخطه ما عليه فى دفتره الذى يقرب من اليقين انه لا يكتب فيه على سبيل التجربة والهزل يعمل به ، والعرف جار بينهم بذلك ، فلو لم يعمل به لزم ضياع اموال الناس اذا غالب بياعاتهم بلا شهود .. اما فيما له على الناس فلا ينبغى القول به ، فلو ادعى بمال على آخر مستندا لدفتر نفسه لا يقبل لقوة التهمة) انظر الفتوى الشرعية الصادرة فى ٣ سبتمبر ١٩١٨ م المنشورة بالمحاماة ٤ ـ ٢٩٨ ـ ٣٧١ .

منه مايؤيد دعواه تاركاً ماينا قضها منه . إذ تقضى القواعد العامة بعدم تجزئة الاقرار ومن حق التاجر فى جميع الأحوال ـ أن ينقض الدلالة المستمدة ضده من دفتره بأن يثبت أن قيد العملية فى الدفتر قد تم خطأ أو حدث قبل اتمام العملية نهائياً أو غير ذلك مما يترتب عليه اسقاط حجية الدلالة المستمدة من دفاتره .

ويجوز لخصم التاجر المدعى عليه أن يطلب من المحكمة الأمر بتقديم الدفاتر أو الاطلاع عليها ، ولكن للقاضى الحرية الكاملة فى اجابة هذا الطلب أو رفضه طبقاً لما يمليه عليه ضميره واقتناعه ولما يستبينه من ظروف الدعوى وملابساتها .

ولايقتصر طلب الاثبات بالدفاتر على خصم التاجر فى الدعاوى التى تقدم ضده ، بل يجوز للقاضى من تلقاء نفسه أن يأمر التاجر بعرض دفاتره لفحصها واستجلاء الحقيقة منها .

وإذا رفض التاجر عرض دفاتره ، فللقاضى ـ طبقاً لظروف الحال وقوة القرائن الأخرى فى تكوين اقتناعه ـ ان يستخلص من هذا الرفض دليلاً على صحة مايدعيه خصم التاجر ولكن يجوز أن يقتنع القاضى بعدم اتخاذ هذا الرفض دليلاً ضد التاجر وفقاً لما يستبينه من ظروف الدعوى .

ثانياً : الاثبات بالدفاتر لمصلحة التاجر :

على خلاف القواعد العامة التى تقضى أيضاً بعدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه فإنّه يجوز أيضاً أنَ يقدم التاجر دفاتره لاثبات دعواه .

فاذا كان التاجر يدعى بحق له على الغير ، فإنّه يسارع إلى تقديم دفاتره إلى القضاء تأييداً لدعواه سواء أكانت الدفاتر الزامية أو اختيارية ، منتظمة أم غير منتظمة .

وقد يلجأ التاجر إلى دفتره فى الاثبات ضد شخص آخر ليس بتاجر . فاذا رأى القاضى الاعتداد بالدفتر ، فلايكون ذلك إلا كعنصر من عناصر الاثبات يستكمله بتوجيه اليمين إلى أى من الطرفين ، التاجر أو خصمه أى أن دفاتر

التاجر لاتكون حجة كاملة له ضد خصمه غير التاجر .

ويجوز للتاجر أن يعتمد على دفاتره لاثبات دعواه ضد تاجر آخر ، ولم ينص المشرع السعودى على قواعد تفصيلية فى هذا الخصوص بل ترك تطبيق ذلك للقواعد العامة .

أما بالنسبة للقانون التجارى المصرى فقد نصت المادة (١٧) على أنه « يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الاثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً . ويتضح من هذا النص أن القاضى يستطيع أن يعتبر بيانات الدفتر دليلاً كاملاً لمصلحة التاجر صاحب الدفتر إذا توافرت شروط ثلاثة ، أولها أن تكون الدعوى متعلقة بمواد تجارية وثانيها أن يكون الطرف الآخر تاجراً ، ويبدو أن أساس هذا الشرط هو تسهيل الاثبات بمقارنة دفترى الخصمين فيما يتعلق بموضوع النزاع ، وثالث هذه الشروط أن تكون الدفاتر التى يستند إليها التاجر منتظمة .

ولكن توافر هذه الشروط جميعاً لايعنى مطلقاً أن بيانات الدفتر تعتبر دليلاً كاملاً لمصلحة صاحبه لأن الأخذ بهذه البيانات جوازى للقاضى . ثم إنّ توافر هذه الشروط لاينفى أن يكون للطرف الآخر أن يسقط دلالة دفاتر التاجر بأن يثبت عدم صحتها ، وله فى ذلك أن يلجأ إلى كافة طرق الاثبات .

من كل أولئك يبين أن الاثبات بالدفاتر المنتظمة لايعدو أن يكون اثباتاً غير قاطع فهو اثبات بالقرائن ، التى يقدر القاضى قيمتها فى كل حالة على حدة طبقاً لظروف الدعوى وملابساتها ولكن لاتفقد الدفاتر غير المنتظمة كل قيمة فى الاثبات إذ يجوز للقاضى أن يستخلص منها بعض القرائن .

وكذلك يمكن للقاضى أن يستخلص من الدفاتر الاختيارية بعض القرائن التى تساعده على تكوين عقيدته بشأن الدعوى الماثلة .

المبحث الثانى : التنظيم الخارجى

تقوم التجارة على الائتمان على نحو ماسبق أن ذكرنا .

ولما كان الاشهار من الأسس الأولى للائتمان التجاري ، فأن أغلب التشريعات في العالم تأخذ بنظام السجل التجاري .

ويؤدي السجل التجاري دوره الأساسي كأداة للاستعلام إذ يستطيع كل ذي مصلحة أن يعرف من السجل التجاري البيانات التي تهمه عن التاجر كأهليته ونوع تجارته ونشاطه التجاري وعنوان محله التجاري وفروعه وحجم تجارته وممثليه ووكلائه الذين لهم حق التصرف بأسمه .

ولنظام السجل التجاري جذور تاريخية عندما كان نظام الطوائف يقتضي تقييد أسماء التجار في سجل خاص .

وقد الغت الثورة الفرنسية نظام الطوائف ومع ذلك استمر العمل بنظام السجل التجاري في كثير من دول العالم .

وقد أصبح السجل التجاري نظاماً قانونياً لاغنى عنه ، ولكن تختلف التشريعات اختلافاً بينا من حيث الأغراض والوظائف التي تنوطها به : من التشريعات ماينظر إلى السجل التجاري أساساً كأداة احصائية تسهل الوصول إلى احصاءات دقيقة عن حالة التجارة من حيث المال المستغل فيها وعدد التجار وجنسيتهم وأنواع التجارة المختلفة إلى غير ذلك . ومهماً ينظر إلى السجل كنظام قانوني موضوعي يؤدي وظيفة الاشهار في المواد التجارية وترتبط به آثار قانونية بالغة الخطورة . والنظرة الأولى هي نظرة القانون الفرنسي الصادر عام ١٩١٨ م والقانون المصري وكذلك التشريع السعودي ، وهي تستتبع اعتبار السجل نظاماً إدارياً يعهد به الى الادارة ولاتترتب عليه ـ بالنسبة لعلاقات الأشخاص فيا بينهم ـ إلا آثار ضئيلة محدودة . والنظرة الثانية هي نظرة القانون الألماني والقانون السويسري ومانحا نحوهما من التشريعات[١] ، وهي تستتبع أن يكون السجل نظاماً قضائياً يشرف عليه قاض خاص وتثبت لما يجيء فيه

---

(١) أدخل المشرع الالماني نظام السجل التجاري سنة ١٨٦١ م ثم نظمه بقانون جديد سنة ١٨٩٨ م ، اما في سويسرا فقد ادخل المشرع السويسري نظام السجل التجاري ١٨٨١ م ثم عدل بمقتضى قانون الالتزامات السويسري الصادر سنة ١٩٣٦ م

حجية مطلقة تؤثر أبعد التأثير في الروابط القانونية بين الأشخاص من الناحية الموضوعية على نحو يجعله نظاماً للشهر القانونى فى المسائل التجاريّة قريب الشبه بنظام الشهر العقارى[1] .

وقد أصدر المشرع السعودى نظام السجل التجارى ولائحته التنفيذية بالأمر الملكى الصادر فى ١٣٧٥/١١/٩ هـ ، الذى أخذ باتجاه قانون السجل الفرنسى ، والقانون المصرى ، وقد اقيمت مكاتب السجل التجارى فى المملكة فى مدن الرياض وجدة ومكة المكرمة والمدينة المنورة والطائف والدمام والخبر والظهران وجيزان .

المطلب الأول

القيد فى السجل

أولا : الخاضعون لالتزام القيد فى السجل التجارى :

يلتزم التاجر الفرد بالقيد فى السجل سعوديا كان أم أجنبياً بشرط أن يكون له فى المملكة محل أو فرع أو وكالة (مادة ١ و ٢) . ولايلتزم التاجر الفرد بالقيد فى السجل التجارى إلا إذا توفرت فيه ثلاثة شروط :

(أ) أن يكون تاجراً . والمرجع فى ثبوت صفة التاجر إلى التشريع السعودى[2] . وإذا لم تثبت للشخص صفة التاجر فإنّه لايلتزم بالقيد . وتتضمن المادة (١٣) من نظام السجل تعريفاً للتاجر يطابق التعريف الوارد فى نظام المحكمة التجارية .

(ب) أن يكون للتاجر محل أو فرع أو وكالة فى المملكة (مادة ٢ ، ٥ من النظام) . غير أنه لايكفى لالزام التاجر الذى يباشر نشاطه التجارى فى الخارج بالقيد أن يكون له فى المملكة مخازن للبضائع فقط طالما لم تكن له محلات أو

---

(١) انظر محمد حسنى عباس المرجع السابق ص ٢٢٩ .

(٢) نظام المحكمة التجارية الصادر سنة ١٣٥٠ هـ (مادة ١ ، مادة ٢) .

فروع فى المملكة ويلاحظ أيضاً أنه لايلزم أن يكون التاجر مالكا للمتجر بل يكفى أن يكون مستأجراً له حتى يقع عليه بحث الالتزام بالقيد فى السجل التجارى .

ولا يلزم التاجر الذى ليس له محل ثابت يباشر فيه مهنته بالقيد فى السجل التجارى ولكنه يلتزم مع ذلك قبل أن يمارس تجارته أن يحصل من مكتب السجل ـ الذى يقع فى دائرته محل إقامته أو مركز نشاطه ـ على رخصة بمزاولة المهنة وذلك بناء على طلب يقدمه إلى المكتب المذكور (مادة ٥ من النظام) .

ولايجوز لمكتب السجل أن يمتنع عن صرف هذه الرخصة إلا إذا كان فى طلبها أو صرفها إليه مخالفة لأحد أنظمة المملكة ويجوز التظلم من الرفض إلى وزير التجارة (مادة ٥ من النظام و ١٢ من اللائحة التنفيذية) .

(جـ) أن يتجاوز رأس مال التاجر خمسة آلاف ريال ولايلتزم التاجر الذى لايبلغ رأس ماله هذا القدر بالقيد فى السجل ولكنه إذا رغب فى قيد اسمه فانه يلتزم بتطبيق أحكام النظام . وقد أضيف هذا الشرط بقرار مجلس الوزراء رقم ١٥٥ فى ٨٥/٣/١٥ هـ ، لاستبعاد صغار التجار من التزام القيد فى السجل إلا إذا رغبوا فى ذلك تحقيقاً لما يرونه فى مصلحتهم .

هذا عن التاجر الفرد أما التزام الشركات بالقيد فى السجل التجارى فقد عرضت له المادة (٣) من نظام السجل التجارى السعودى التى نصت على أن الالتزام بالقيد مقصور على الشركات التجارية ومع ذلك تنص المادة (١٣ /٢) من النظام المذكور على أنه تعتبر شركة فيما يتعلق بهذا النظام الشركات بكافة أنواعها وأياً كان النشاط الذى تزاوله .

وقد يذهب رأى إلى تغليب هذا الحكم الأخير والقول بوجوب قيد جميع الشركات بالسجل ولو كانت أعمالها مدنية كالزراعة على أساس أن الهدف من ذلك هو حصر جميع الشركات للأغراض الاحصائية .

ولكن الصحيح فى رأينا قصر القيد على الشركات التجارية لوضوح نص المادة (٣) وعلى هذا فان تفسير المادة (٢/١٣) فى ضوء نص المادة (٣) يقتضى

القول بقيد الشركات التجارية بجميع أنواعها .

ثانياً : البيانات التى يجب قيدها فى السجل التجارى :

يجب على التاجر أن يقدم طلب القيد فى السجل التجارى إلى المكتب الواقع بدائرته محله وذلك خلال شهر من افتتاح محله التجارى أو تملكه لهذا المحل إذا كان قد تملك متجراً قائماً ، أو من تاريخ مباشرته التجارة فى مركز أو محل ثابت باحدى المدن السابقة التى افتتحت فيها مكاتب السجل التجارى ، كما يجب عليه القيد كذلك فى كل مكتب يوجد بدائرته فرع أو وكالة له .

ويجب أن يشتمل الطلب على اسم التاجر واسم والده وسنه وجنسيته وعنوان اقامته الدائم واسم المحل التجارى وعنوانه . ونوع تجارته وتاريخ بدء أعماله التجارية وعنوان المحل الرئيسى والفروع والوكالات التابعة له سواء فى المملكة أو فى الخارج . وأسماء المديرين أو الوكلاء المفوضين وجنسيتهم وسنهم وموطنهم (مادة ٢) .

وقد عنى المشرع بأن يجعل السجل التجارى مطابقاً لأحدث التطورات التى تحدث فى حياة التاجر التجارية ولذلك أوجب المشرع التأشير فى السجل بأى تغيير يطرأ على عناصر الحياة التجارية للتاجر سواء أكان الأمر متعلقاً بالمحل الرئيسى أو بالفرع أو الوكالة (مادة ٨/٢ ومادة ٦ من النظام) . ويلقى النظام عبء هذا الالتزام على التاجر وعلى الجهات القضائية ، فقد أوجب النظام على التاجر أن يطلب تسجيل أى تغيير يطرأ على البيانات السابقة خلال شهر من حصول التغيير أى من تاريخ العقد أو الحكم أو الواقعة التى تستلزم ذلك (مادة ٦) . وإذا كانت المادة (٨/٢) من النظام تنص على أن للتاجر أن يتقدم لتسجيل التعديل « فى أى وقت شاء » . فقد قرر مجلس الوزراء فى قراره رقم ٨٦٢ الصادر فى ١٣٨٦/٢/٢٥ هـ ، أنه لاتعارض بين النصين وأن التعديل يكون فى أى وقت يشاء التاجر ولكن خلال مدة شهر .

وقد أوجب النظام كذلك على الجهات القضائية التى يصدر منها حكم يعدل

من مركز التاجر أن تخطر مكتب السجل التجارى بصورة كاملة من هذه الأحكام والأوامر (مادة ١٠) .

ولم يحدّد النظام مدة معينة يتم فيها هذا الاخطار ولعله من المصلحة تحديد نفس المدة التى يجب فيها على التاجر الإخطار بأى تعديل يطرأ على حالته .

وعلى ذلك يجب على الجهات القضائية الإخطار بأحكام إشهار الافلاس أو الغائه والأحكام الصادرة بعد اشهار الافلاس بتعيين وقت التوقف عن الدفع وأحكام قفل التفليسة أو إعادة فتحها وأحكام إعادة الاعتبار . وكذلك الأوامر الصادرة فى الصلح الواقى من الافلاس أو بشأن الحجز على أموال التاجر .

كذلك ينبغى الإخطار بالأحكام والقرارات الصادرة بالحجز على التاجر أو بتعيين القائمين والوكلاء عن الغائبين أو بعزلهم أو برفع الحجز أو بتعيين الوكلاء عن الغائبين أو عزلهم وكذلك الأحكام الصادرة بتوقيع الحدود الشرعية التى يحكم بها على التاجر . ولاتفترق الأحكام الخاصة بقيد بيانات الشركات كثيراً عن الأحكام السابقة إلا فى بعض التفصيلات التى يقتضيها الحال بالنسبة للشركات فيجب أن يتم قيد الشركة فى السجل خلال شهر من تأليفها أو افتتاح مركزها الرئيسى بطلب من مديريها أو وكلائها المفوضين أو غيرهم من القائمين بادارتها . ويشتمل الطلب على نوع الشركة واسمها والنشاط التجارى الذى تباشره وعنوان مركزها الرئيسى وعناوين الفروع والوكالات التابعة للشركة . ومقدار رأس المال وتاريخ ابتداء الشركة وانتهائها ، واسم المدير المسئول عن الشركة (مادة٣) .

ولايتضمن النظام ضرورة الإخطار بأسماء الشركاء وخاصة فى شركات التضامن التى يعد التاجر فيها مسئولاً عن ديون الشركة فى حالة عجزها عن السداد .

وإذا كان للشركة فرع أو وكالة ، فان على الشركة أن تطلب القيد أيضاً فى مكتب السجل الذى يقع بدائرته المحل أو الفرع أو الوكالة ، وذلك خلال شهر من افتتاحه ويشتمل الطلب على عنوان الفرع أو الوكالة واسم وسن ومحل ميلاد

وجنسية مدير الفرع أو الوكالة وعنوان اقامته الدائم فى المملكة .

أما الشركة الأجنبية التى يكون لها فى المملكة فرع أو وكالة ولكن مركزها الرئيسى يكون فى الخارج ، فيجب أن يشتمل طلب القيد على جميع البيانات السابقة المنصوص عليها فى المادة (٣) ويكون طلب القيد مصحوباً بصورة من عقد تأسيس الشركة مع ترجمة عربية كاملة له وعلى أن تكون الترجمة والصورة معتمدتين من جهة الاختصاص (مادة ٤) .

ونقترح فى هذا الخصوص قيد رصيد الفرع أو الوكالة المدين للمركز العام إذ أن بيان رأس مال الشركة وحده فى صحيفة القيد لايكشف مدى نشاط فرع الشركة الموجود فى المملكة بالرغم من أهمية ذلك لمعرفة المعلومات اللازمة عن الأموال التى تستثمرها الشركات الأجنبية التى لها فروع فى المملكة وهو أمر بالغ الأهمية من الناحيتين السياسية والاقتصادية .

هذا ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصرى يلزم الشركات الأجنبية بتقديم هذا البيان .

وأسوة بما يجب على التاجر الفرد يوجب المشرع السعودى على الشركة التأشير فى السجل بكل تغيير يطرأ على عناصر الحياة التجارية للشركة ويقع الالتزام بالتأشير على مديرى الشركة أو وكلائها وعلى الجهات القضائية التى قد يصدر منها حكم بحل الشركة أو بطلانها أو تعيين المصفين لها أو عزلهم أو الأحكام السابقة الخاصة بالإفلاس (المادتان ٦ ، ١٠) .

ثالثاً : محو القيد فى السجل :

فرض النظام على التجار محو القيود الخاصة بالمشروعات التجارية التى تنتهى حياتها لأى سبب من الأسباب وعلى ذلك يجب طلب محو القيد فى الحالات الآتية (مادة ٧) .

(أ) اعتزال التاجر لتجارته نهائياً لأى سبب من الأسباب .

(ب) وفاة التاجر دون استمرار ورثته فى التجارة وذلك إذا اغلق المحل نهائياً . فاذا ظل مفتوحاً ولو لأعمال التصفية وجب أن يظل القيد قائماً حتى تتم

أعمال التصفية .

(جـ) تصفية الشركة لأى سبب من الأسباب ، ولا يمحى القيد على الراجح إلا عند انتهاء عمليات التصفية .

وبديهى أن الالتزام بطلب المحو يقع على التاجر فى حالة اعتزال التجارة ، وعلى ورثته أو أوليائهم أو أوصيائهم عند وفاته ، وعلى المصفى فى حالة تصفية الشركة . ويجب أن يقدم طلب المحو خلال شهر من تاريخ وقوع سببه .

ويقوم مكتب السجل بالمحو ويكون بقرار من المدير العام لمصلحة التجارة الداخلية والخارجية بوزارة التجارة بعد التحقق من الواقعة المستوجبة للشطب وسماع أقوال أصحاب الشأن إذا لم يقدم طلب المحو ممن يقع عليه الالتزام بتقديمه فى الميعاد .

رابعاً : اجراءات القيد فى السجل :

يجب أن يقدم طلب القيد أو التأشير من أصل وصورة على الاستمارات والأوراق المعدة لهذا الغرض وترفق به المستندات اللازمة . وعلى مكتب السجل أن يتحقق قبل استلام الاستمارات من شخصية مقدميها ومن صفتهم (المادة ٨ من النظام و ٣ من اللائحة) .

ويجوز لطالب القيد فى حالة رفض طلبه أن يتظلم إلى مدير عام مصلحة التجارة ، كما يجوز له أن يقدم طلبا جديدا (مادة ٨ من النظام) .

ويخصص مكتب السجل صفحة لكل تاجر يكون رقمها هو رقم القيد فى السجل ، ويرد مكتب السجل الصورة الى الطالب مؤشراً عليها بتمام القيد . ويقوم مكتب السجل بابلاغ مكتب الاحصاء بوزارة التجارة فى أول كل شهر ببيانات عن الطلبات التى قدمت إليه خلال الشهر السابق ، لاصدار نشرة السجل المنصوص عليها فى المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية (المواد ٦ ، ٩ ، ١٣ ، ١٥ من اللائحة التنفيذية والمادة ٨ من النظام) .

وقد أوجب النظام على مكتب السجل التجارى المختص التحقق من توافر

شروط القيد الموضوعية فضلاً عن شروطه الشكلية ، إذ يجب على المختص بالمكتب أن يتحقق مما إذا كان طالب القيد تاجراً له محل أو فرع أو وكالة فى المملكة . وعلى المختص أن يتحقق من سلامة المستندات المقدمة من الناحية الشكلية أما التحقيق بشأن صحة البيانات ومطابقتها موضوعياً على الحقيقة فى ضوء المستندات المؤيدة لها ، فلايدخل فى صلاحيات المكتب .

ومن ذلك يبين أن الغير لا يستطيع أن يطمئن تماماً إلى صحة بيانات السجل وإلى مطابقتها بصفة كاملة للحقيقة وان كان يزود صاحب الشأن ببعض البيانات التى قد تساعد على معرفة وضع التاجر فضلاً عما يحققه السجل من مزايا احصائية .

خامساً : العلانية التى يحققها القيد فى السجل :

يجيز النظام للغير أن يطلع على البيانات الثابتة فى السجل كما يجيز النظام لأى شخص أن يحصل من مكتب السجل على مستخرجات من صفحة القيد تشمل كل البيانات الأصلية والمعدلة الواردة بالصفحة المخصصة للتاجر وفقاً للمادة (١١) من النظام .

وحتى يمكن النظام الغير صاحب المصلحة من الحصول على هذه المستخرجات وتلك البيانات أوجب على التجار اثبات أرقام القيد فى السجل التجارى على واجهات محلاتهم وكتاباتهم (مادة ٩) .

ولايجوز أن تشتمل الصور المستخرجة على أحكام اشهار الافلاس إذا حكم برد الاعتبار أو أحكام وقرارات الحجز أو الحجر إذا قضى برفعها .

ويبرر هذا الاستثناء حظر التشهير بالتاجر وإذا كان التاجر غير مقيد فى السجل ، فان المكتب يعطى للطالب شهادة سلبية بعدم حصول القيد فى المكتب الذى قدم له الطلب .

وقد أوجب المشرع على وزارة التجارة أن تصدر نشرة فى الشهر الأول من كل سنة تضم بعض البيانات التى تم تسجيلها خلال تلك السنة فى السجل

التجارى الخاص بكل بلد (مادة ١٥ للائحة) ، كما تعلن فيها أسماء التجار الذين حصلوا من مكتب السجل على رخص بالاتجار طبقاً للمادتـين (٥) ، و (١٩) من النظام .

وعلى ذلك فان المشرع السعودى لايحقق علانية بيانات السجل التجارى باجازته الاطلاع عليها والحصول على مستخرجات منها فحسب بل أنه يجعل للغير سبيلاً ميسراً لمعرفة هذه البيانات عن طريق نشرة السجل .

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على الالتزام بالقيد فى السجل التجارى

السجل التجارى وسيلة للعلانية فى البيئة التجارية ويؤدى بذلك وظيفته الاعلامية فيمكن للغير الرجوع إليه للتعرف على مايهمه من البيانات المثبتة فيه ولم يجعل النظام من القيد فى السجل التجارى وسيلة اشهار قانونية فى المواد التجارية بحيث يترتب على عدم قيد أى من البيانات التى يوجب النظام قيدها سقوط حق التاجر فى الاحتجاج به على الغير ، كذلك لايعتبر البيان المقيد فى السجل حجة فى مواجهة الكافة ، وذلك على الرغم من أن النظام منح مكتب السجل التجارى حق التحقق من صحة البيانات التى يطلب قيدها فى السجل على نحو ماسبق أن ذكرنا .

ولكى يقوم السجل التجارى بوظيفته الاعلامية ، أوجب النظام على نحو ماذكرنا على كل من قيد فى السجل التجارى أن يكتب على واجهة محله وفى جميع المراسلات والمطبوعات . والأوراق المتعلقـة بتجارتـه ، اسمـه التجـارى مشفوعاً ببيان مكتب السجل المقيد به ورقم القيد ، حتى يتمكن الغـير من الرجوع إلى السجل بعد معرفته رقم القيد .

وليس للقيد فى السجل التجارى أو عدم القيد فيه أثر على اكتساب أو عدم اكتساب صفة التاجر ، فلايترتب على القيد فى السجل اكتساب صفة التاجر إذا

لم تتوفر لمن قيد فى السجل هذه الصفة قانوناً ، كذلك لايترتب على عدم القيد فقدان صفة التاجر أو عدم اكتسابها .

ويعتبر القيد فى السجل التجارى منشئاً لقرينة واقعية على أن المقيد تاجر حتى يقوم الدليل على العكس[1]

كذلك لايغنى القيد فى السجل التجارى عن اتخاذ اجراءات الشهر اذا تطلبها النظام . ويترتب على القيد فى السجل التجارى منح التجار المقيدين به حقوقاً خاصة بهم ولايتمتع بها غيرهم ، من ذلك حقهم فى عضوية الغرفة التجارية .

المطلب الثالث

جزاء الإخلال بالتزام القيد فى السجل التجارى

نص النظام على أن يعاقب على عدم القيد أو عدم الحصول على الترخيص الواجب من مكتب السجل بغرامة قدرها (٣٠٠) ريال وتتعدد هذه الغرامة بتعدد المحلات أو الفروع أو الوكالات . ويتكرر الجزاء عن المحل الواحد بعد مضى شهر على ضبط المخالفة السابقة وفى المرة الثالثة يصدر قرار بغلق المحل فضلا عن الغرامة (مادة ١٤) .

ويعاقب على عدم اجراء التعديلات أو شطب التسجيل بغرامة قدرها (٢٠٠) ريال على أن يتضمن القرار الصادر بتوقيع الجزاء الأمر بالتأشير الواجب أو شطب التسجيل (مادة ١٥) . وترتفع الغرامة حتى (٥٠٠) ريال لكل من يتعمد ذكر بيانات غير صحيحة فى الطلبات المقدمة إلى المكتب وكذلك لكل من يذكر حصول القيد رغم عدم حصوله (مادة ١٧) .

وتوقع هذه الجزاءات بقرار من مدى مصلحة التجارة ويجوز التظلم من هذا القرار إلى الوزير (مادة ١٨)

(١) أنظر أكثم الخولى الموجز جـ ١ رقم ٢٢٨ وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية كذلك بوجهة النظر هذه ـ أنظر نقض فرنسى تجارى فى ١٨/ يناير/١٩٥١ م .

ويقترح فى هذا الخصوص أن يترك توقيع العقوبات الجنائية لهيئة قضائية مستقلة .

ويقرر النظام لموظفى السجل التجارى صلاحية التفتيش على المحلات التجارية الواقعة فى دائرة اختصاصهم للتحقيق من تنفيذ أحكام وضبط كل مخالفة لأحكامه وعمل المحضر اللازم لذلك (مادة ١٢) .

ولم ينص نظام السجل التجارى على أى جزاء مدنى لعدم القيد ، ولم يرتب آثاراً مدنية على القيد فهو لم يعترف للسجل بوظيفة الاشهار فى المواد التجارية ، وهكذا .

وبذلك يعد السجل التجارى مجرد وسيلة لتحقيق بعض العلانية فى المحيط التجارى ، أما بالنسبة للشركات فيعتبر قيد الشركة فى السجل التجارى جزأ لايتجزأ من الشهر القانونى الذى يترتب على تخلفه عدم الاحتجاج بالشركة على الغير (مادة ١٣ و ٢١ من نظام الشركات) .

ويترتب على قيد بعض البيانات غير الصحيحة فى السجل التجارى على نحو يضر بالغير حسن النية أن يلزم التاجر بتعويض الغير الذى أضير طبقا للقواعد العامة .



الباب الثالث

المحل التجاري

نشأت فكرة المحل التجارى وتطورت منذ بداية القرن التاسع عشر ولم يكن اصطلاح المحل التجارى قبل هذا الوقت يشير إلا إلى البضائع الموجودة فيه ، ثم اتسع هذا المعنى ليشمل المنقولات المادية الأخرى كالآلات والمهمات ، ثم شمل بعد ذلك المنقولات المعنوية بعد أن تبين أهمية قيمتها فى تقويم عناصر المحل التجارى .

ويعرف المحل التجارى بأنه منقول معنوى يشمل مجموعة من العناصر المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة المهنة التجارية . وأهم هذه العناصر على الرأى الراجح بين الفقهاء هو عنصر الاتصال بالعملاء الذين تعودوا التردد على المحل التجارى .

ومازالت فكرة المحل التجارى فى دور التطور وترتبط فى الوقت الحاضر بفكرة (المشروع) الذى يمكن أن يستقل عن ذمة صاحبه ، ويتكون المحل التجارى من عناصر مختلفة بعضها يعتبر من قبيل المنقولات المادية ومنها المهمات والأدوات والاثاثات والبضائع وغيرها كما يتضمن المحل التجارى بعض المنقولات المعنوية كالاتصال بالعملاء والاسم التجارى والحق فى الايجار وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية . وكل من هذه المنقولات مادية أو معنوية يمكن وحده أن يكون منقولاً مستقلاً متقوماً له طبيعته القانونية الخاصة ، ولكنها داخل المحل التجارى تتحد وتتكامل وتصبح

على الرأى الراجح منقولاً ومعنوياً وتكون فى مجموعها مانسميه (المحل التجارى) ، والأصل أن الحقوق والالتزامات التى تترتب فى ذمة التاجر لتعلقها بالاستغلال التجارى لاتدخل فى عناصر المتجر إلا فى أحوال استثنائية خاصة وفى حالة ما إذا اتفق بائع المحل التجارى ومشتريه على العكس .

الفصل الأول

عناصر المحل التجاري

سبق أن ذكرنا أن العناصر التى تدخل فى تكوين المحل التجارى معنوية ومادية ، وتتفاوت المحلات التجارية بالنسبة للأهمية النسبية للعناصر الداخلة فيها تبعاً لنوع الاستغلال ، ومن الجائز الا يكون المحل التجارى جامعا لكل العناصر السابقة فقد تتحد فيه بعضها دون البعض الآخر . على أن الثابت أن المنقولات المادية وحدها لاتكون فكرة المحل التجارى . فاذا بيعت البضائع والمهمات مثلا فلايمكن أن يعتبر ذلك بيعاً ولذا يجب أن يتضمن المحل التجارى على الأقل العناصر المعنوية كالحق فى الاتصال بالعملاء للوفاء بفكرة المحل التجارى . وفيما يلى بيان العناصر المعنوية ثم العناصر المادية للمحل التجارى .

المبحث الأول : العناصر المعنوية للمحل التجاري

المطلب الأول: حق الاتصال بالعملاء

العملاء هم الأشخاص الذين اعتادوا التردد على المحل التجارى والشراء منه أو تلقى خدماتهم من المحل التجارى على نحو مستقر ، وحجم هؤلاء العملاء يعبر عن حجم الربح التجارى الذى يحققه المحل . ولذا فان صاحب المحل التجارى يعمد إلى اجتذابهم بكل الوسائل الممكنة والمتاحة كالارتفاع بمستوى بضاعته أو خدمته أو خفض الثمن أو السعر أو جمال الاثاث أو طريقة عرض

البضائع أو الخدمة كما يحاول التاجر بناء سمعة تجارية تزيد من مقدرة المحل على اكتساب عملاء جدد وبناء السمعة التجارية يعتاد العملاء على التردد على المحل والشراء منه ولو تغير مالكه ، وإذا كان الحق فى الاتصال بالعملاء عنصرا شخصيا متصلا بشخص التاجر فان السمعة التجارية عنصر عينى مرتبط بالمحل التجارى .

المطلب الثانى

الحـــق فى الإجـــارة

إذا لم يكن المحل التجارى مملوكاً للتاجر فان حق التاجر فى البقاء فى المحل التجارى الفترة المتفق عليها فى عقد الايجار يعد من العناصر المعنوية للمتجر . ويكون من العناصر المعنوية كذلك حق التاجر فى التنازل عن الايجار للغير طالما أن من حقه نظاماً اجراء هذا التنازل . ويعد هذا العنصر من أهم العناصر فى الأماكن التى تتميز بموقعها التجارى .

المطلب الثالث

اسـم المحل التجـارى

قد يستخدم التاجر تسمية يطلقها على محله التجارى فتميزه وتكون إحدى دعامات شهرته بين الناس . وقد يكون اسم الشهرة أو اسما مبتكراً ، بل قد يكون اسم التاجر نفسه ولكن وضعه على المحل يجعله حقاً مالياً يدخـل فى عناصر المحل التجارى . وقد يلحق باسم المحل التجارى عنوانه الـذى قد يكون جزأ منه .

المطلب الرابع

حقوق الملكية الأدبية والفنية وبراءات الاختراع والرموز الصناعية والعلامات التجارية

وهى حقوق معنوية ذات قيمة مالية قد تكون كبيرة يمكن التصرف فيها ومن ثم تجب حمايتها وقد تكون هذه الحقوق براءة اختراع أو رسوما أو نماذج صناعية أو علامات تجارية . وبراءة الاختراع هى شهادة تمنحها الادارة المختصة للمبتكر فيستطيع بمقتضاها أن يستأثر بحق استغلال اختراعه استغلالاً اقتصادياً . أما الرسوم والنماذج الصناعية فهى ابتكارات تتصل بالمظهر الخارجى للمنتجات كالرسوم التى تزين الأقمشة أو الخزف أو شكل الزجاجة أو الاطار أو غير ذلك من المنتجات الصناعية أما العلامات التجارية فهى الشارات أو الرموز التى يضعها المنتج لتمييز بضائعه عن البضائع الأخرى وهى تعتبر ذات أهمية كبرى للمنتج الذى لايعرفه عملاؤه إلا من هذه العلامة ، كذلك من الممكن أن تكون من عناصر المحل التجارى المعنوية حقوق ملكية أدبية أو فنية بالنسبة مثلا لدور النشر أو الملاهى أو غيرها .

المطلب الخامس

الرخص والإجازات الادارية

ويقصد بها التراخيص والإجازات الادارية التى تمنحها السلطات الادارية المختصة والتى تعتبر كعنصر معنوى من عناصر المحل التجارى ، وقد يعتمد نشاط المحل التجارى أو نوع الاستغلال على ترخيص من الجهه الاداريـة (كغالبية المحال العامة من مقاهى ومطاعم إلخ ...) كذلك قد تشترط اجازة الجهة الادارية لتقديم بعض السلع فى بعض الأمكنة . وفى مثل هذه الحالات تعتبر الرخصة أو الاجازة عنصراً معنوياً هاماً من عناصر المحل التجارى يزيد فى قيمته .

الفصل الثانى
العناصر المادية للمحل التجارى

تشتمل العناصر الماديّة للمحل التجارى على جميع المنقولات التـى هى مخصّصه لاستغلال المحل التجارى كالآلات والمهمات اللازمة للاستغلال

وتعد الآلات والمواد الاولية ذات اهمية بالغـة بالنسبـة لاعمال التصنيـع المختلفة ، كما تعد المهمات اللازمة للاستغـلال هامـة بالنسبـة لبعض انـواع الاستغلال كالمقاعد بالنسبة للسينما وللمقهى وللمسرح وللاستغلالات المشابهة .

على ان المهمات والآلات لا تكون عنصرا يعتمد عليـه فى بعض انـواع الاستغلال كالمحلات الخاصة بالسمسرة او الوكالة بالعمولة .

ومن الجدير بالذكر ان البضائع هى اقل العناصر المادية اهمية ولكنها كانت هى فى البداية هى المقصود الاساسى من تعبير المحل التجارى واذا تعمقنا فى هذا الامر نجد ان البضائع عبارة عن منقولات مادية مهيأة للبيع والتغير المستمر ومن ثم فليس من السهل تجميدها لتكون عنصرا من عناصر المحل التجارى ، لذلك يقال ان الحديث عن البضائع ينصرف الى مجموع ما يوجد بالمحل Stock فى وقت معين ، ولا ينصرف الى مفردات محددّة ، على انه حتى فى هذا الاطار العام تتفاوت المحالّ التجاريّة . فمنها ما لا يتضمنّ بضائـع على الإطـلاق كمشروعات النقل ودور السينما والمسارح والملاهى وسائر المحال التى لا تقوم على احتراف الشراء لاجل البيع فى المنقولات ، ويذهب الفقهاء الى استبعاد العقار المملوك للتاجر من عناصر المحل التجارى لان المتجر مال منقول معنوى يتكون من مجموع عناصر منقولة ، ولان القاعدة ان يتبع العقار المنقول حتى لو خصص العقار لخدمة المنقول .

ولا تعتبر الدفاتر التجارية عنصرا فى المحل التجارى وكذلك لا يعد من عناصر المحل التجارى الخطابات والمراسلات ومن ثم فلا تنقل ملكيتها الى المشترى عند بيع المحل التجارى .

الفصل الثالث
الطبيعة القانونية للمحل التجاري

من المسلم به ان المحل التجارى مال معنوى يدخل فى تكوينه القانونى بعض العناصر المادية الى جانب العناصر المعنوية التى سبقت الاشارة اليها ، وان هذه المجموعة من العناصر المختلفة مخصصة لغرض اجتذاب العملاء والحصول على الربح .

كذلك من المؤكد ان كلاً من العناصر التى يتكون منها المحل التجارى يحتفظ بطبيعته القانونية .

وقد اختلفت الاراء فى تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجارى فقد ذهب انصار نظرية تخصيص الثروة التجارية الى ان المتجر عبارة عن مجموعة مالية مستقلة يخصصها التاجر لغرض اقتصادى معين ، فان هذه المجموعة مستقلة عن باقى ثروته وهم يرون ان المحل التجارى عبارة عن مجموعة عناصر مخصصة للاستغلال التجارى منفصلة عن ذمة التاجر المالية ، لها اصولها وخصومها الخاصة ، ولذا فهم ينظرون الى المحل التجارى عبارة عن مجموعة عناصر مخصصة للاستغلال التجارى منفصلة عن ذمة التاجر المالية ، لها اصولها وخصومها الخاصة ، ولذا فهم ينظرون الى المحل التجارى كثروة بالتخصيص منقطعة الصلة بذمة التاجر وعلى ذلك فان الحقوق والديون التى تنشأ عن استغلال المحل التجارى تدخل ضمن مقوماته .

ويؤخذ على هذه النظرية مخالفتها لمبدأ وحدة الذمة المالية للتاجر اذ اموال التاجر المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، كذلك تتعارض النظرية مع مواعيد الافلاس الذى تشمل أثاره كل اموال الدائنين العاديينّ اموال المدين قسمة غرماء على ما سيرى فيما بعد .

وقد ذهب راى اخر الى القول بان المحل التجارى شخصية اعتبارية لها ذمّة مالية منفصلة عن ذمة صاحب المتجر لها اصولها التى يتكون من العناصر المعنوية

والمادية للمحل التجارى والحقوق التى تكتسب من استثماره لها وخصومها تتمثل فى الديون التى قد تنشأ عن استغلال المتجر.

ويؤخذ على هذه النظرية كذلك تعارضها مع مبدأ وحدة الذمة المالية للتاجر كما يؤخذ عليها انها تخلع على المتجر الشخصية المعنوية دون سند من النظام. وقد ذهب راى ثالث الى ان المحل التجارى ليس مجموعة قانونية وانما هو مجموعة عناصر يجمع بينها انها مخصصة للاستغلال التجارى، ولكن هذه العناصر كل منها مستقل عن الاخر ووحد التاجر بينها لتحقيق هدفه الاقتصادى، ومن ثم فهى مجموعة واقعية لا مجموعة قانونية ويؤخذ على هذه النظرية القول بوجود مجموعة واقعيّة ليس له مدلول قانونى محدد وقيمته سلبية تنحصر فى استبعاد نظرية المجمعة القانونية.

والواقع انه لا يمكن الاخذ باى من النظريات السابقة لتعارضها مع التكوين القانونى للمحل التجارى، فالمحل التجارى عبارة عن مجموعة من العناصر المادية والمعنوية يتولى صاحبها التاليف بينها لاستغلالها بهدف تحقيق الربح، وان هذه المجموعة من العناصر عبارة عن مال معنوى للتاجر عليه حق من حقوق الملكية التجارية والصناعية، وان النظام يخلع الحماية على هذا المال كما يحمى اى مال مملوك للشخص، وان هذا المال المنقول المعنوى ترد عليه التصرفات القانونية كالبيع والرهن باعتباره جزأ من الذمة المالية لمالكه.

وهذا هو التصوير الذى اخذ به القضاء فى بعض البلاد، واقرته محكمة النقض المصرية[1].

الفصل الرابع
بيع المحل التجاري ورهنه

نعرض فيما يلى الى كل من احكام بيع المحل التجارى ورهنه على استغلال.

(١) انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٦ مارس ١٩٥٢ والحكم الصادر منها فى ١٤ ابريل ١٩٥٥ م.

المبحث الأول : أحكام بيع المحل التجاري

تسرى القواعد العامة على عقد بيع المحل التجارى بالنسبة لاركان العقد وبالنسبة لعيوب الرضا او تدليس بالنسبة لعنصر من عناصر المحل ويجب ان يكون كل من البائع والمشترى اهلا لابرام هذا التصرف ، كما يجب ان يحدد المتعاقد ان العناصر التى يتضمنها المحل المبيع سواء مادية او معنوية ولا بد من ان يتضمن البيع عنصرا او اكثر من العناصر المعنوية التى تمثل فكرة المحل التجارى . ويلتزم البائع بمقتضى العقد ان يقوم بنقل ملكيتها الى المشترى . كذلك يتفق الطرفان على الثمن وكيفية الوفاء به . وقد ثار خلاف بالنسبة لتجارية عقد بيع المحل التجارى ولكن الرأى الراجح يذهب الى تجارية المحل التجارى بقصد اعادة بيعه لتحقيق الربح وهذه صورة نادرة ، والغالب ان يكون بائع المحل التجارى تاجرا يعتزل التجارة وان يكون المشترى ينوى بشرائه ان يبدأ احتراف التجارة ، وفى الحالين يكتسب العقد ، على الراى الراجح الصفة التجارية بالتبعية .

اما اذا كان البائع غير تاجر يتملك المحل التجارى عن طريق الارث او الوصية والهبة ، ويريد بيعه لعدم رغبته فى مزاولة التجارة فيذهب راى بعض الفقهاء الى تجارية هذا البيع بسبب موضوع العقد الا ان الرأى الراجح فى نظرنا يعتبر العقد مدينا بالنسبة للبائع . ويذهب الرأى الواجح الى القول بانه يشترط لاعتبار البيع واردا على بيع محل تجارى ان يشمل البيع العنصر الجوهرى الخاص بحق الاتصال بالعملاء فاذا استبعد هذا العنصر لا يعد البيع واردا على محل تجارى ولو خلع المتعاقدان هذا الوصف على العقد ..

ويجب ان يكون استغلال المحل التجارى مشروعا والا وقع البيع باطلا لمخالفته محل الالتزام للنظام العام او الاداب العامة . ولما كان عنصر الاتصال بالعملاء هو العنصر الجوهرى والرئيسى فى المحل التجارى فان نقل ملكية المحل

التجارى للمشترى يقتضى تسهيل البائع للمشترى الافادة من هذا العنصر وذلك بالطرق والوسائل المناسبة .

ولذلك فقد يتضمن عقد بيع المحل التجارى شرطا بعدم منافسة البائع للمشترى فى اى نشاط مماثل لنشاط المحل المبيع .

ويذهب الفقه والقضاء فى معظم بلاد العالم الى صحة هذا الشرط بشروط وقيود خاصة تختلف باختلاف الاحوال وباختلاف الانظمة القانونية .

وفيما عدا ما تقتضيه الطبيعة الخاصة ببيع المحل التجارى والتى سبق ان عرضنا لها ، فان عقد البيع والتزامات كل من البائع والمشترى وآثار العقد وحكمه يخضع للقواعد العامة .

الفصل الخامس
رهن المحل التجاري

تسرى القواعد العامة بوجه عام كذلك على عقد رهن المحل التجارى مالم يقتضه الحال من أحكام خاصة تترتب على الطبيعة الخاصة للمحل التجارى . فيجب أن تتوافر الشروط الموضوعية العامة اللازمة لانعقاد عقد الرهن من توافق الايجاب والقبول ، وصحة الرضاء ، وتوافر الأهلية اللازمة لابرام الرهن بالنسبة للراهن والمرتهن . وملكية الراهن للمال المرهون ، واستناد الرهن إلى التزام أصلى صحيح وفقاً للقواعد العامة . ويجوز أن يشمل رهن المحل التجارى الاسم التجارى والحق فى الاجازة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والأثاث التجارى والمهمات والآلات التى تستعمل فى استغلال المحل والعلامات التجارية والرخص والاجازات وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والمرتبطه به وفقاً لما يتم الاتفاق عليه .

أما إذا سكت المتعاقدان ، فلم يعينا عناصر المتجر التى يشملها الرهن

فيذهب الرأى الراجح إلى أن الرهن يشمل الأسم التجارى والحق فى الاجازة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وهى العناصر المعنوية فى المحل التجارى ، ولايترتب على الرهن حرمان صاحب المحل أو المدين من محله التجارى بل يظل المدين على رأس تجارته فى محله التجارى يستثمر الاستثمار العادى فلايتخلى عنه للدائن المرتهن ولا لغيره ولايجوز للدائن المرتهن أن يتدخل أو يشرف على الاستثمار إلا إذا تضمن الاتفاق نصاً يمنحه هذا الحق كذلك يستطيع المدين أن يتصرف فى المحل التجارى بالبيع طالما الدائن المرتهن حقه مضمون بحق التقدم والتتبع وفقاً للقواعد العامة .

وللدائن المرتهن وفقاً لقواعد عقد الرهن حق الأولوية فى اقتضاء حقه على باقى الدائنين العاديين والتالين له ، كما أن له حق التتبع .

أما عن حق التتبع ، فهو يسمح للدائن المرتهن بالحجز على المتجر تحت يد الغير الحائز له لبيعه ومباشرة حقه فى الأولوية عند استيفاء دينه من الثمن .



الباب الرابع

الأحكام العامة للشركات التجارية

الفصل الأول

تعريف الشركات وأنواعها

المبحث الأول : نبذة تاريخية عن نظام الشركات

عرفت الشركة منذ القدم كنظام قانونى يمارس التجارة أو الصناعة فقد خصصت للشركة ثمان مواد من قانون حامورابى الذى صدر عام ٢٠٨٣ قبل الميلاد ، وقد نشأت فكرة الشركة عند الرومان مرتبطةً بنظام الأسرة ، وقد تطورت فكرة الشركة من الملكية المشتركة بين أفراد الأسرة وقد كانت تبررها رابطة الدم ، وتقوم فى ظل شركة أسريّة ثم امتدت لتشمل أشخاصاً آخرين تتوفر لديهم نية المشاركة ولم تظهر الشركات التى تقوم على المضاربة إلا قبل الميلاد بحوالى قرنين من الزمن .

ولم يكن للرومان فضل يذكر على تطوير قواعد الشركات لأنهم احتقروا النشاط التجارى واعتبروه من عمل الرقيق ولم يولوا تنظيم التجارة اهتمامهم ومع ذلك فقد اعتبروا عقد الشركة من العقود الرضائية التى تولد التزامات على كلا

المتعاقدين ولكنهم لم يتوصلوا لفكرة الشخصية المعنوية التى تعد عماد النظام القانونى للشركات .

وقد اسهم ظهور الاسلام فى تطور قواعد التجارة بوجه عام وفى تطور قواعد الشركات التى أجيزت وفقاً للسنة والاجماع وفى العصر الوسيط ازدهرت التجارة فى الجمهوريات الإيطاليّة خلال القرن الثانى عشر ، خاصة بعد نشوب الحروب الصليبية وسيطرة طوائف التجار واتحاداتهم وادى ذلك إلى نشوء شركات لها ذمة مالية ومدير ون ، وادى ذلك إلى تأكيد الاحساس بوجود كائن خفى له كيان ذاتى منفصل عن أشخاص الشركاء[١] .

وقد نشأت شركة المساهمة فى إيطاليا فى نهاية القرون الوسطى ، ثم اقتضى استغلال المستعمرات تكوين شركات كبرى لامتصاص خيراتها فى كل من انجلترا وفرنسا وهولندا واجاز القانون الفرنسى تكوين شركات المساهمة بموجب النصوص الواردة فى المجموعة التجارية الصادرة ١٨٠٨ .

المبحث الثاني : تعريف الشركة

تعرف المادة الأولى من نظام الشركات السعودى الشركة بأنها « عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ماقد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة ، ويطابق هذا التعريف تعريف الشركات فى القانون المصرى وفى بعض البلاد العربية الأخرى ويبرز هذا التعريف أركان عقد الشركة وهى تعدد الشركاء وتقديم كل واحد منهم لحصة فى الشركة ثم اتجاه قصدهم جميعاً إلى تحقيق الربح وتقسيمه بينهم ، ولكن كذلك إلى اقتسام الخسارة إذا لم يسفر سير المشروع عن ربح بل عن خسارة .

---

(١)- انظر محمد صالح ج (١) رقم ١٨٠ وانظر ربير دروبلوج رقم ٦٨١ ـ ٦٨٣ .

وتعرض نظام المحكمة التجارية للمملكة العربية السعودية الصادر فى ١٥ محرم عام ١٣٥٠ هـ فى المواد من (١١) الى (١٧) منه للشركات المعروفة فى الشريعة الاسلامية واحال إلى عرف التجارة فى تنظيم « الشركات الأخرى المتعارفة بين التجار ولم تكن هذه النصوص تتضمن سوى تعريف موجز لشركة المفاوضة (التضامن) وشركة العنان ومن صورها شركة المساهمة وشركة المضاربة .

وقد صدر نظام الشركات المصادق عليه بالمرسوم الملكى بتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٢هـ وهو تشريع حديث يقع فى ٢٣٣ مادة وقد تعرض لكل مايتعلق بالشركات ووضع القواعد الخاصة بانشائها وإدارتها وتصفيتها كما تضمن إلغاء جميع الأحكام التى تتعارض مع أحكامه (مادة ٢٣٣) وهو مايعنى بداهة إلغاء نصوص نظام المحكمة التجارية الخاصة بالشركات على نحو ضمنى .

وقد تضمنت المذكرة التفسيرية لنظام الشركات الجديد الاشارة الى مشروعية الشركات وفقا للشريعة الاسلامية على أساس السنة والاجماع واضافت أن النظام قد اقتبس الصالح من أنظمة الدول الأخرى تحقيقاً للتقارب الذى تفرضه الصفة الدولية للتجارة ولكن مع استبعاد مايمكن أن يتعارض من هذه الأحكام مع الشرع الحنيف وعلى هذا فان قواعد نظام الشركات تتطابق مع مبادىء الشريعة الاسلامية . ويلاحظ على نظام الشركات أن معظم أحكامه تتصف بالطابع الآمر مع وجود بعض القواعد التى تتيح الاتفاق على عكسها وهو ماتنص عليه المادة (٢) من النظام من أن أحكامه وكذلك مالايتعارض معها من شروط الشركاء وقواعد العرف ـ تسرى على الشركات الواردة فى هذه المادة .

المبحث الثالث : الشركة التجاريّة والشركة المدنيّة

الشركة نظام نفعى يستهدف تحقيق الربح لتوزيعه على الشركاء . وفى هذا تختلف الشركة عن الجمعية إذا تستهدف الجمعية تحقيق أغراض إجتماعيّة أو

سياسية أو ثقافية أو فكرية تختلف عن غرض تحقيق الربح الذى يعد أساساً فى كل الشركات .

وتقوم التفرقة بين الشركة التجارية والشركة غير التجارية فى الغالب على أساس نفس معيار التفرقة بين التاجر وغير التاجر أى إلى أساس طبيعة نشاطها وماتقوم به من أعمال ، فان كانت الشركة تحترف القيام بالأعمال التجارية اعتبرت شركة تجارية كاحترافها شراء منقولات بقصد بيعها وتحقيق ربح ، أو احترافها القيام بعمليات الصرف أو البنوك أو أعمال التجارة البحرية أو عمليات الصناعة والانشاءات العقارية أما لو كان الغرض من تكوين الشركة يعد بحسب القانون عملا مدنيا فانها تعتبر شركة مدنية ، كالشركة التى تقوم بزراعة الأرض وبيع حاصلاتها أو بناء أو شراء عقارات بقصد تأجيرها .

أما إذا كان نشاط الشركة خليطا من الأعمال التجارية والمدنية فانها تعتبر شركة تجارية إذا كان الغرض الرئيسى من تكوينها يعد عملا تجارياً كما لو كانت شركة انشئت لصناعة منتجات زراعية واشترت مساحة من الأرض لزراعتها بالمحاصيل التى تستخدمها فى مصانعها ، أما إذا كان النشاط الرئيسى للشركة عملا مدنيا كالزراعة واقتضى بيع منتجاتها الزراعية شراء مهمات لتعبئة المحاصيل وبيعها فان عمل الشركة يظل عملا مدنيا ولايتصف بالتجارية .

ومفاد ماتقدم أن الأصل هو النظر الى طبيعة عمل الشركة لحسم وصفها بالتجارية أو بالمدنية[1] . ومع ذلك قد اتجهت بعض التشريعات إلى إسباغ صفة التجارية على الشركات على أساس شكلها .

وقد توسع التشريع الحديث الى أبعد حد فى تجاريّة الشركات لمجرد شكلها وأياً كان موضوع نشاطها[2] . فالمادة الأولى من قانون الشركات الفرنسى رقم

---

(١) انظر محسن شفيق الوسيط ج ١ رقم ٢٥٦٥ ومصطفى كمال طه مبادىء القانون التجارى ج ١ رقم ٢٠٤ و ٢٠٥ وعلى جمال الدين الوجيز ح ١ رقم ٤٠٨ .

(٢) اتجه المشرع الفرنسى إلى هذا الطريق منذ صدور قانون اغسطس ١٨٩٣ الذى اعتبر الشركات المساهمة تجارية ولو قامت بنشاط مدنى كما أكد أن هذا الاتجاه فى قانون مارس ١٩٢٥ الذى اعتبر الشركة ذات المسئولية المحدودة تجارية أياً كان موضوعها .

٦٦ ـ ٥٣٧ الصادر فى ٢٤ يوليو ١٩٦٦ تقضى بأن الطابع التجارى للشركة يتحدد بشكلها أو بموضوعها . وتعتبر تجارية بسبب شكلها ـ وأياً كان موضوعها ـ شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات المساهمة . وعلى ذلك تكون شركة تجارية فى التشريع الفرنسى كل شركة تتخذ أحد الأشكال السابقة ولو كان موضوعها من طبيعة مدنية كالتعليم أو الزراعة أو غير ذلك من أوجه النشاط المدنى .

أما تشريع المملكة فمازال يأخذ فى التفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية بنفس الضابط الذى يحكم التفرقة بين التاجر وغير التاجر طبقاً للمادة الأولى من نظام المحكمة التجارية . فمازالت العبرة بطبيعة نشاط الشركة وبموضوعها وفقاً للقواعد العامة وبتطبيق هذه القواعد العامة على الشركات تعتبر الشركة تجارية فى جميع الصور التى يكون لها فيها نشاط تجارى إلا إذا كان هذا النشاط تابعاً حتمياً لنشاط أصلى من طبيعة مدنية .

والراجح ان العبرة فى تحديد وصف الشركة بالتجارية لا يكون بقيامها فعلا بنشاط تجارى بل يكفى ان ينص فى عقد تاسيسها على مباشرة نشاط تجارى ولو لم تقم به الشركة فعلا بعد تكوينها . فالعبرة فى الشركات وفى الاشخاص الاعتبارية بوجه عام ـ ليست بالإحتراف الفعلى كما هو الحال فى الاشخاص الطبيعيين بل العبرة بموضوع الشركة . الذى يتحدد فى عقد تأسيسها ووفقا لشروطه ويكفى وفقا لقواعد عامة ان تقوم الشركة بنشاط تجارى على نحو مستمر منتظم لتعتبر شركة تجارية ولو كان عقد تأسيسها ينص على قيامها بمثل هذا النشاط ، وذلك لان الممارسة الفعلية تحقق فى هذه الحالة فلا يمكن اغفالها . اما اذا قامت شركة مدنية بعمل تجارى مفرد او باعمال تجارية متفرقة لا تعتبر من قبيل النشاط المستمر المنظم ، فانها لا تكتسب وصف التاجر وان كانت تخضع لاحكام العمل التجارى فيما يخص هذه الاعمال ، بينما تخضع الاعمال الاخرى للقانون المدنى وفقا للقواعد العامة ..

وللتفرقة بين الشركة التجارية والشركة المدنية اهمية بالغة ذلك ان الشركة التى تقوم بنشاط تجارى بصفة مستمرة منتظمة ولو كان عقد تكوينها لا يشمل هذا النشاط تعتبر شركة تجارية وتكتسب صفة التاجر نتيجة لذلك وتخضع لالتزامات التجار كالامساك بالدفاتر التجارية والقيد فى السجل التجارى كما ان الشركة التجارية هى التى يمكن شهر افلاسها اذا توقفت عن دفع دين تجارى ، وباعتبارها تاجرا تعتبر بعض الاعمال المدنية التى ترتبط بممارسة نشاطها التجارى اعمالا تجارية وفقا لفكرة التبعية وتخضع الشركة التجارية لضريبة الارباح التجارية والصناعية وفى كل ذلك تختلف الشركة التجارية على الشركة المدنية كما يختلف التاجر عن غير التاجر .[1]

وقد تتخذ الشركات المدنية احد الاشكال الخاصة بالشركات التجارية فما الحكم القانونى بالنسبة لهذا النوع من الشركات ؟ .

ولم يعد الامر فى هذه الصورة يثير صعوبة القانون الفرنسى بعد صدور تشريع الشركات الجديد ولا بالنسبة للتشريعات التى نحت منحاه اذا تعتبرها هذه الشركات جميعا شركات تجارية وتخضع لجميع احكام الشركات التجارية من جميع الوجوه الشكلية والموضوعية . ولهذا الحكم مزاياه من حيث استقرار المعاملات ومن حيث وضوح الحكم القانونى الواجب التطبيق ..

اما فى النظام السعودى فالقاعدة أنّ العبرة بطبيعة نشاط الشركة ، ولذا فالشركة المدنية التى تتخذ احد الاشكال السابقة لا تكتسب وصف التاجر ولا تخضع لالتزامات التجار ولا يجوز اشهار افلاسها ولا تخضع بوجه عام لقواعد القانون التجارى ، ومع ذلك فان اتخاذ الشكل التجارى للشركة المدنية يترتب عليه اثر جوهرى بدلالته على ان ادارة الشركات قد اتجهت الى تطبيق احكام القانون الخاص بالشكل المختار .

وتنص الماده (٢) من نظام الشركات صراحة على ان احكام النظام تسرى على جميع اشكال الشركات التى تنظمها احكامه وهى ثمانية وذلك دون

(١) انظر اكثم الخولى الموجز ج ١ ص ١٦٥ وما بعدها .

تقيد بطبيعة نشاط الشركة اى ولو كان هذا النشاط من طبيعة مدنية . وعلى ذلك تخضع الشركة المدنية التى تتخذ واحدا من هذه الاشكال لجميع احكام نظام الشركات الخاصة بهذا الشكل ، فهى تخضع لاحكام الاشهار الواردة فيه وكذلك يكون الشركاء فى شركات التضامن المدنية مسئولين عن ديون الشركة بالتضامن وان كانوا لايكتسبون صفة التاجر اذ الاصل فى الشركات المدنية هو ان يسأل الشركاء فى كل اموالهم عن ديون الشركة .

المبحث الرابع : شركات الأشخاص وشركات الأموال

وقد حدد نظام الشركات السعودى الاشكال القانونية التى يمكن ان تتخذها الشركات تحديدا ورد على سبيل الحصر ، فلا يجوز انشاء شركة فى شكل اخر ولم يرد به النص وقد تكون مثل هذه الشركة باطلة ويكون من تعاقدوا باسمها مسئولين شخصيا وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد (مادة ٢)

وتنقسم الشركات الى نوعين كبيرين : شركات اشخاص او شركات الحصص وشركات اموال ، اما شركات الاشخاص وفقا للنظام السعودى فهى بوجه عام شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة ، اما شركات الاموال فابرز صورها شركة المساهمة اما شركة التوصيّة بالاسهم والشركة ذات المسئولية المحدودة والشركة ذات رأس المال القابل للتغيير والشركة التعاونية فتختلف احكامها ، ويطلق عادة على النوع الاول من الشركات شركات الاشخاص لان الاعتبار الشخصى يحتل المقام الاول فى هذه الشركات اذ هى تتكون من عدد قليل من الاشخاص المتعارفين وازاء أهمية الاعتبار الشخصى فى هذه الشركات تنحل الشركة فى الاصل بوفاة احد الشركاء او بفقد أهليته او بانسحابه من الشركة وذلك مالم يتضمن العقد الاتفاق على غير ذلك ، والمثال البارز أو الصورة المثلى لشركات الاشخاص شركة التضامن التى تضم شركاء متضامنين يسألون جميعا عن ديون الشركة

مسئولية تضامنية فى كل اموالهم . وهذه الشركات قريبة الشبه بالشركات المدنية وان كانت لا تتطابق تماما مع احكامها ، كذلك تعتبر من شركات الاشخاص شركات التوصية البسيطة التى تضم نوعين من الشركاء شركاء متضامنون لا يختلف حكمهم عن حكم الشركاء المتضامنين فى شركات التضامن ، وشركاء تتحدد مسئوليتهم بقيمة حصصهم دون ان تتجاوزها ، ونتيجة لتجديد مسئولية هؤلاء الشركاء فانهم يحرمون من ادارة الشركة فان شاركوا فى الادارة شملت مسئوليتهم كل اموالهم واعتبروا شركاء متضامنين ويعتبر كذلك من شركات الاشخاص شركة المحاصة وهى شركة خفية لا تقوم الا بين الشركاء ولا يكون لها رأس مال ولا أسهم ولا تتمتع بالشخصية المعنوية او الاعتبارية .

اما شركات الاموال التى تقوم اساسا وبحسب الاصل على جميع الاموال وحشد المدخرات للقيام بالمشروعات الكبيرة ولا يقوم فيها الاعتبار الشخصى بالدور الذى يقوم به فى شركات الاشخاص ، بل يتقدم الاعتبار المالى الى المرتبة الاولى ، فابرز مثال لها شركة المساهمة .

وشركة المساهمة بقسم رأسمالها : اسهم متساوية القيمة وتكون قيمة السهم صغيرة فى متناول جمهور المكتتبين ولا تتعدى مسئولية المساهم قيمة اسهمه فى الشركة .

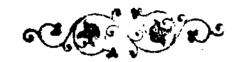
ويجوز فى شركات الاسهم ان تتداول الاسهم بالطرق التجارية ، وهى التنازل فى دفتر الشركة عن الاسهم الإسميّة ومجرد التسليم فى الاسهم لحاملها . وكذلك لا يؤثر فى الشركة موت احد المساهمين او فقد أهليته او افلاسه لان هذه الامور جميعا لا تمس فى شيء ذمة الشركة ولا ضمان دائنيها الذين لا يعتمدون على الذمم الشخصية للشركاء بل يتعلق ضمانهم بذمة الشركة واموالها ، ويذهب البعض الى ان هناك نوعا ثالثا من الشركات يتوسط بين شركات الاشخاص وشركات الاموال ويأخذ من خصائص كل من النوعين بنصيب من ثم تكون له طبيعة مختلطة تنتج من اجتماع الاعتبارين الشخصى والمالى فيه الامر الذى يفردها بطبيعة خاصة ، والمثال البارز والصورة المثلى للشركات المختلطة شركات

التوصية بالاسهم ولا تختلف هذه الشركات فيما يتعلق بالاسهم عن الاسهم فى شركات المساهمة .

اما الشريك او الشركاء المتضامنون فى هذه الشركات فيسرى عليهم ما يسرى على الشركاء المتضامنين فى شركات التوصيّة البسيطة ، ومن ثم فهم يكتسبون صفة التاجر ويسألون فى كل اموالهم وتنحصر فيهم ادارة الشركة . وتعتبر شركات التوصية بالاسهم مثالا واضحا لاجتماع العنصر الشخصى والمسئولية المطلقة من جهة والعنصر المالى المسئولية المحدودة من جهة اخرى . وتخضع هذه الشركات بوجه عام للاحكام المقرره بشأن شركات المساهمة فيما عدا ما يفردها به النظام من احكام خاصة ـ ولذا فهى تلحق بشركات الاموال .

ويعتبر كذلك من الشركات ذات الطبيعة المختلطة الشركة ذات المسئولية المحدودة ولا يجوز ان يزيد عدد الشركاء فى هذه الشركة عن الخمسين ، وتكون مسئولية كل شريك محدودة بقيمة حصته وتشبه هذه الشركة شركات الاموال من حيث نظام ادارتها ومن حيث تحديد المسئولية فيها بالنسبة لجميع الشركاء ـ ولكنها تختلف عن هذه الشركات فى ان حصة الشريك فيها ليست قابلة للتداول بالطرق التجارية بل يخضع تداولها لقيود معينة ، وهذا بالاضافة الى ان النظام يحرم عليها ان تلجأ الى الادخار العام بطرح الاكتتاب فى اسهم او سندات ..

ويلحق الفقه هذه الشركات كذلك شركات الاموال نظرا لتحديد مسئولية جميع الشركاء فيها بقيمة حصصهم فضلا عن انها لا تنقضى بطرق الانقضاء الخاصة بشركات الاشخاص ومن ثم فهى اقرب بوجه عام الى شركات الاموال .



الفصل الثانى

تكوين الشركة

المبحث الأول : الأركان العامة

يخضع عقد الشركة بحسب الأصل للقواعد الخاصة بالاركان العامة فى العقود بوجه عام فيشترط توافر الرضا الصحيح الصادر عن اشخاص يتمتعون بالأهلية ، كما يشترط توافر ركنى المحل والسبب على نحو لا يتنافى مع الاحكام والقواعد العامة فى هذا الشأن . فيجب بادىء ذى بدء لصحة العقد ان يقوم الرضا وان يكون خاليا من العيوب . ولذلك يجوز لمن وقع فى غلط ان يطالب بابطال العقد متى كان الغلط جوهريا . ويتحقق ذلك اذا وقع الغلط على طبيعة الشركة . كشركة تضامن بدلا من شركة مساهمة مثلا ، او على شخصية الشركاء متى كانت محل اعتبار كما هو الحال فى شركات الاشخاص بوجه عام اذ تقوم هذه الشركات كما ذكرنا على الاعتبار الشخصى .

ويجوز ابطال العقد كذلك للتدليس او للاكراه وفقا لقواعد عامة . ويجب ان يكون الشريك اهلا للتعاقد كما ذكرنا والاجاز له ان يطلب ابطال العقد بالنسبة له وتقضى القواعد العامة ان الأهلية اللازمة لابرام عقد الشركة هى اهلية التصرف والالتزام او أهلية التصرفات المترددة بين النفع والضرر ، ولما كان الشريك المتضامن فى شركات التضامن والتوصية يكتسب صفة التاجر بمجرد دخوله فى الشركة ، فيجب ان تتوافر لهذا الشريك اهلية الاتجار حتى تكتمل لديه اهلية الانضمام لهذا النوع من الشركات بهذه الصفة .

ويجوز وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية ان تقوم الشركة بين زوجين لان

الزواج لا يعد فى الشريعة الاسلامية سببا لنقص الاهلية ، اما فى فرنسا وفى بعض البلاد الاخرى فقد ثبت القضاء على بطلان الشركة بين الزوجين على اساس ان الزوج رئيس العائلة وان ذلك يتنافى مع المساواة الواجبة بين الشركاء ، ويرتد حكم بطلان الشركة بين الزوجين فى فرنسا الى قاعدة عرفية قديمة ـ اتجه المشرع الفرنسى الحديث الى ابطالها وتصحيح الشركة بين الزوجين .

واستكمالا لاركان عقد الشركة يجب ان يكون محل عقد الشركة ممكنا ومشروعا ومحل الشركة هو الاستغلال المالى المشترك الذى يتضمنه العقد ليقوم الشركاء ولذلك تبطل الشركة بطلانا مطلقا اذا كان محلها او موضوعها الاتجار بالمخدرات او بالرقيق او غير ذلك من صور الاستغلال المخالفة للاداب العامة او للنظام العام .

وكذلك لا يكتمل عقد شركة بغير ركن السبب ويرى البعض ان السبب هو الرغبة فى تحقيق واقتسام الارباح وعلى هذا يختلط السبب بالمحل لان السبب المشترك لدى جميع الشركاء هو القيام باستغلال اقتصادى معين ، ويرى اخرون ان السبب لا يختلط بالمحل وانه يظل دائما رغبة كل شريك فى الحصول على الربح ولذلك يكون السبب مشروعا فى جميع الاحوال [١]

المبحث الثانى : الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة

المطلب الأول

تعدد الشركاء

بالاضافة الى الاركان العامة التى ينبغى توافرها فى عقد الشركة كغيره من العقود الاخرى فانه ينبغى ان يتوافر فى عقد الشركة اركان موضوعية خاصة

(١) انظر مصطفى كمال طه مبادىء القانون التجارى رقم ٦٨ او انظر على يونس : الشركات رقم ٢٩ وانظر على جمال الدين : الشركات التجارية رقم ١٥ وانظر السنهورى الوسيط ج ٥ رقم ١٦١ .

تخلع على العقد المذكور طابعه وذاتيّته الخاصة وهذه الاركان الموضوعية الخاصة هى ركن تعدد الشركاء وركن تقديم الحصص فى رأس مال الشركة وركن فيه نية المشاركة واقتسام الربح والخسارة ..

وسنعرض فيما يلى دراسة هذه الاركان : ـ

يعتبر ركن تعدد الشركاء ابرز ما يمليه مضمون عقد الشركة وتتّضح اهمية هذا الركن من تعريف النظام لعقد الشركة فى المادة (١) منه بانها « عقد يلتزم بمقتضاه شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم فى مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال او عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح او من خسارة » .

وتأسيسا على ما يتضمنه هذا التعريف يجب لصحة عقد الشركة بجميع انواعها ان يكون هناك شريكان على الاقل ويحتم النظام ان يكون هناك خمسة مؤسسين لشركة المساهمة [١] .. (ماده ٥٢ من النظام) ولكن لم يضع النظام حدا اقصى لعدد الشركاء فى اى نوع من الشركات وذلك باستثناء شركة واحدة هى الشركة ذات المسئولية المحدودة التى لا يجوز وفقا للمادة (١٥٧) من النظام ان يزيد عدد الشركاء فيها عن الخمسين شريكا ..

ويبين من مجمل ما تقدم ان ركن تعدد الشركاء اساسى لارتباطه بفكرة العقد فى الشركة ولا يسمح بقيام الشركة كشخص معنوى اذا لم يتعدد الشركاء . وعلى العكس من ذلك تأخذ بعض التشريعات كالقانون الانجليزى والقانون الالمانى بجواز قيام شركة الرجل الواحد ..

وقد يرد على هذه القاعدة العامة فى القانون السعودى استثناء واحد يتعلق بجواز تملك الدولة ملكية كاملة لشركة ما .

---

(١) يشترط القانون المصرى وجود سبعة شركاء مؤسسين (انظر الماده ٣٠) من قانون الشركات المصرى .

المطلب الثاني

تقديم الحصص

لا تقوم الشركة بغير اسهام الشركاء كل بحصة يقدمها ويجب ان يكون للحصة قيمة مالية تمثل مساهمته فى بناء الشركة وتبرر حصوله على نصيب من أرباحها ، واذا لم تكن هناك حصص مقدمة وموضوعة تحت تصرف الشركة سقطت عن العقد صفة الشركة اصلا لتخلّف احد اركانه الاساسية وهو ركن تقديم الحصص ، وقد نصت المادة الاولى من النظام على ان الحصة تكون « من مال او من عمل » ويجوز ان يكون المال نقودا او اعيانا ذات قيمة مالية . واذا كان النظام يجيز ان تكون الحصة عملا يقدمه الشريك فالراجح انه لا يجوز ان يقدم الشركاء جميعا حصصا بالعمل بل يجب ان يقدم احد الشركاء على الاقل حصة من مال وذلك حتى تكون فى ذمة الشركة قيمة مالية معينة يمكن ان يعتمد عليها الدائنون كضمان لهم ، ويفهم هذا من تفسير نصى للمادة (٣) من النظام التى تحدد كيفية تكوين رأس مال الشركة انه يجب ان يكون لكل شركة رأس مال ولا تنصرف عبارة رأس المال عادة الى العمل .

والحصة النقدية هى الصورة الغالبة بوجه عام اذ يؤدى الشريك فى هذه الحالة مبلغا من الحصة النقديّة (النقود) ويخضع التزام الشريك باداء الحصة النقدية لجميع الاحكام الخاصة بالالتزام باداء مبلغ من النقود وللقواعد العامة فى هذا الخصوص .

وتطبيقا للقواعد العامة تتضمن المادة (٥) من النظام قاعدة مقررّة لمصلحة الشركة هى ان التعويض عن التاخير فى اداء الحصة يسرى من تاريخ استحقاق الحصة اى بمجرد التاخر فى ادائها . وقد نظر القانون فى تقرير هذا الحكم الى حاجة الشركة الى المال لتتمكن من بدء عملها والسير فيها . ويؤدى عدم تنفيذ هذا الحكم الى تحقق ضرر بالشركة يلتزم من تسبب فيه بتعويضه .

واذا كان الوضع الغالب ان تكون الحصة نقدية فانه يجوز مع ذلك ان تكون

مالا عينيا له قيمة مالية ولا فرق بين ان يكون عقارا او منقولا ماديا ايا كان نوعه ام منقولا معنويا كمتجر او براءة اختراع او علامة تجارية او رسم . او نموذج صناعى او حق من حقوق الملكية الادبية او الفنية ، ولا فـرق من الناحيـة القانونية بين هذه الاموال اذ يجوز ان يقدم اى منها كحصة .

ولا يحظر النظام ان تكون الحصة حقا للشريك قبل الغير ، وفى ذلك تقضى الماده (٣/٤) من النظام ان الشريك يضمن استيفاء هذا الحق ولا ينقضى التزامه امام الشركة الا بتمام الوفاء بهذا الحق . واذا لم يتحقق الوفاء التـزم الشريك ايضا بتعويض ما يصيب الشركة من ضرر من جراء عدم الوفاء وفقا للقواعد العامة .

ومن الجدير بالذكر ان الحصة العينية لا تقوم دائما على اساس واحد . فهى قد تكون مقدمة على سبيل التمليك وقد تكون مقدمة على اساس الانتفاع فهى فى كلتا الحالتين ذات قيمة مالية وهذا ما يكفى لاستيفائها شرائط الحصة ..

وقد سبق لنا ان ذكرنا أنّ الحصة قد تكون عملا يقدمه الشريك للشركة كالخبرة الفنية او الخبرة فى عمليات البيع والشراء فقد تكون الحصة عمل مهندس فى تصنيع شيء معين او فى تسويقه ويكفى الا تـكون الحصـة عمـلا تافهـا صوريا ..

وتنص الماده (٣) من النظام على انه لا يجوز ان تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من سمعة او نفوذ فلا يجوز ان تتكون الحصة من نفوذ سياسى او اجتماعى او سمعة تجارية رنانة والا كان إستغلالاً للنفوذ وللسمعة على نحو غير مشروع بل يجب ان يكون هناك عمل حقيقى وجدى غير صورى يقـوم به الشريك [1] .

وتجيز بعض التشريعات كالقانون اللبنانى ان تكون حصة الشريك هى الثقة التجارية التى يتمتع بها (ماده ٨٥٠ موجبات وعقود) .

---

(١) انظر د . ثروت عبد الرحيم المرجع السابق والمراجع التى اشار اليها رقم ٢٧٤ وما بعدها .

والوضع الغالب ان يتم تقييم حصص الشركاء بما فى ذلك حصة العمل عند ابرام العقد وتحدد قيمة الحصة نسبة ما يحصل عليه الشريك من الارباح . اما اذا لم يقدر نصيب الشريك بالعمل فى الربح او الخسارة فان من حقه ان يطلب تقويم عمله ويكون هنا التقويم اساسا لتحديد حصته فى الربح او فى الخسارة (ماده ٩ / ٣ من النظام) .

ولا يجوز للشريك الذى تكون حصته حصة عمل ان يقوم بنفس العمل لحسابه الخاص والا اضر بمصالح الشركة والتزم بالتعويض .

ويجيز النظام ان يقدم شريك واحد حصة نقديّة أو عينيّة وحصة بالعمل . وفى هذه الحالة التى تكون فيها الحصة مختلطة يكون لهذا الشريك نصيب فى الربح والخسارة عن حصة العمل ونصيب اخر فيهما عن حصته النقديّة او العينية (مادة ٩ / ٣) .

ويعد التزام الشريك بالعمل فى هذا الشأن الزاما مستمرا ينفذ يوما بيوم فتقع عليه تبعة هلاك الحصة ، بحيث اذا طرأ عليه ما جعله عاجزا عن العمل نهائيا لمرض او عاهة فانه يعتبر متخلفا عن اداء حصته فتنفسخ الشركة بالنسبة له ولا يشارك بعد ذلك فى الارباح[١] .

واذا صفيت الشركة استرد الشريك بالعمل حصته اى اصبح حرا فى وقته وعمله وانتهى التزامه المستمر تجاه الشركة ، ويشترك الشريك بالعمل كغيره من الشركاء فى اقتسام الفائض الباقى بعد تصفية الشركة فقد اسهمت حصته بذلك فى تحقيق هذا الفائض .

ويتكون رأس مال الشركة من مجموع الحصص النقدية والعينية (مادة ٣ / ٢) ولا يعدم ان يكون رأس المال ذا قيمة حسابية هى مجموع قيم هذه الحصص عند انشاء الشركة فهو لا يتمثل فى اموال معينة بالذات من ممتلكات

---

(١) انظر اكثم الخولى المرجع السابق رقم ٣٧٤ وثروت عبد الرحيم المرجع السابق رقم ٢٧٤ وانظر كذلك نقض مدنى فرنسى فى ٩ فبراير ١٩٥٥ م .

الشركة وعندما تبدأ الشركة نشاطها تكتسب عادة الحقوق وتتحمل الالتزامات وتحقق الارباح او الخسائر وتشترى وتبيع ويصبح رأس المال عاجزا عن تصوير حقيقة مركز الشركة ، ويتحدد هذا المركز كما يتحدد الضمان الحقيقى للدائنين بموجودات الشركة وفى هذا الخصوص يجب ان نفرق بين الموجودات الاجمالية وهى مجموع القيم الايجابية فى ذمة الشركة والموجودات الصافية وهى تمثل قيمة الموجودات الاجمالية بعد خصم قيمة ديون الشركة منها .

وتظهر اهمية رأس مال الشركة فى انه يمثل فكرة رقمّية تصلح أساساً للمقارنة والحكم على كيفية سير الشركة من حيث الكسب او الخسارة بالنسبة للنقطة التى بدأت عندها الشركة اعمالها ويكون لدائنى الشركة الحق دائما فى ان يمنعوا الشركاء من استرداد واقتسام رأس المال ، اى أن يكون لهم الحق فى ان يحتفظ لهم الشركاء دائما بموجودات لا تقل قيمتها عن قيمة رأس المال الذى بدأت به الشركة . فاذا كان للشركاء ان يقتسموا الارباح التى تحققها الشركة سنويا ، فليس لهم ان يمسوا رأس المال ، اى انه لا يجوز ان يترتب على توزيع الارباح ان تقل قيمة موجودات الشركة عن قيمة رأس المال ، ويعرف هذا المبدأ بثبات رأس المال وعدم جواز المساس به . وتستند هذه القاعدة الى ان موجودات الشركة هى الضمان الحقيقى لدائنيها . ففى شركات الاموال لا يكون للدائنين اى ضمان اخر ، وفى شركات الاشخاص تظهر اهمية هذا الضمان فى ان موجودات الشركة تكون مخصصة للوفاء بحقوقهم بينما يزاحمهم دائنوا الشركاء على اموال الشركاء الشخصية وفقا لقواعد عامة ..

وتطبيقا لما تقدم لا يجوز للشركاء توزيع ارباح من رأس المال وتعتبر مثل هذه الارباح ارباحا صوريّة يجوز لدائنى الشركة مطالبة الشركاء برد ما قبضوه منها ولو كانوا حسنى النية وقت القبض (ماده ٨) ولا يحتج بتخفيض رأس المال على دائنى الشركة السابقين على تقريره . وكذلك يمتنع ادخال اى تعديل على رأس المال دون اتباع الاجراءات اللازمة لتعديل عقد الشركة وفقا لاحكام النظام ومالا يتعارض معها من الشروط الواردة فى عقد الشركة او فى نظامها

(مادة ٣ / ٢) . من النظام .

وقد تقررت كل هذه الاحكام لحماية مصالح دائنى الشركة ..

المطلب الثالث

نية الاشتراك

لا تقوم الشركة الا باستيفائها كذلك ركن نية الاشتراك او نيـة اقتسـام الربح والخسارة وتقوم الشركة على اتفاق الشركاء على تحمل مخاطر المشروع فى سبيل تحقيق الربح وركن فيه الاشتراك ركن قصدى ارادى يجب ان يقوم فى نفوس الشركاء كما يجب الا يكون فى احكام العقد ما يتعارض معه او ينفيه واذا كان هذا الركن بارزا وهاما فى شركات الاشخاص فهـو ضرورى فى جميـع الشركات .

ويتجه التصوير الحديث الى ان نية الاشتراك لا تعنى سوى الرغبـة فى الاتجاه وتحمل مخاطر مشتركة ، فالرغبة فى اقتسام الربح والخسارة وتحمل مخاطر المشروع الاساسية لقيام الشركة ولكنها لا تقتضى حتما قيام التعاون الايجابى على قدم المساواة بين الشركاء ولا تعنى بالضرورة تساوى حصصهم ..

وتبرز اهمية ركن نية الاشتراك من ناحيتين ، اولهما ان هذا الركن يشخص عقد الشركة ويصلح اساسا للتفرقة بينه وبين غيره من العقود الاخرى التى قد تشتبه او تختلط به ، وثانيهما ان هذا الركن هو الذى يضع الحدود التى لا يمكن ان تتجاوزها إرادة الشركاء فى صياغة احكام عقد الشركة او تتعدى نطاقها ، وتظهر اهمية ركن نية الاشتراك واقتسام الارباح والخسائر بوجه خاص فى التمييز بين عقد الشركة وغيره من الاوضاع القانونية التى قد تشتبه او تختلط به ، ومن ذلك ان هناك فوارق كثيرة فى الطبيعة والاحكام بين الشركة والشيوع ، ولكن يظل قيام نية الاشتراك فى الشركة وتخلفها فى الشيوع هو اساس التفرقة بينهما .

والغالب ان يكون الشيوع حالة مفروضة غير اختيارية يخضع لها الشركاء على الشيوع بينما تظل الشركة دائما مركزا اراديا قوامه وركنه نية الاشتراك .

وإذا كان الشيوع اختياريا فانه يتميز عن الشركة من حيث انه ينطوى على اية رغبة فى الاتحاد وقبول المخاطر المشتركة الذى يعبر عن نية الاشتراك ويشخص الشركة ..

وكذلك تسمح نية الاشتراك ايضا بالتفرقة بين عقد الشركة وعقد القرض مع الاشتراك فى الارباح اذ لا تتوفر لدى المقرض نية الاشتراك ولا يساهم فى الخسائر اما اذا قامت لدى مقدم المال نية الاشتراك وقبول المخاطر بان شارك فى المشروع مشاركة ايجابية وساهم فى ادارته والرقابة عليه ، فانه يعتبر شريكا لتوفر ركن نية الاشتراك وقبول تحمل مخاطر المشروع ..

وتبرز أهمية ركن نية الاشتراك فى رسم الحدود التى لا يصح ان يتجاوزها او تتعدى نطاقها ارادات الشركاء فى عقد الشركة . فهناك شروط قد ترد فى العقد ولكنها لا تتفق ومقتضى نية الاشتراك ومن يثم تبطل هذه الشروط ولكن يبقى عقد الشركة صحيحا (الماده ٨ /١) هذا الحكم فى رأينا افضل وادنى الى استقرار المراكز القانونية مما تقضى به الماده (١) مدنى مصرى من بطلان الشركة كلها فى هذه الحالة . ويعرف هذا الشرط الباطل بشرط الاسد ويظهر هذا الشرط فى احدى صورتين :

الصورة الاولى : حرمان احد الشركاء من الربح :

يعتبر حرمان احد الشركاء او بعضهم من الربح او اختصاص احد الشركاء وحده بكل الربح او اختصاص احد الشركاء بنصيب ضئيل شرطا باطلا لمنافاته ركن نية الاشتراك ليكون ستار الحرمان وبالعكس لا يبطل الشرط الذى يقضى بتوزيع الارباح بين الشركاء بنسبة تختلف عن نسبة حصصهم فى رأس المال ولا الاتفاق الذى يعلق استحقاق الارباح على شرط كبلوغ الارباح قدرا معينا او يقضى بفقدان الشريك لحقه فى الربح كشرط جزائى فى حالات معيّنة او اذا ارتكب اخطاء معيّنة .

الصورة الثانية : ـ اعفاء احد الشركاء من الخسارة : ـ

يقع باطلا كذلك كل شرط يتضمن اعفاء احد الشركاء من كل مساهمة فى

الخسارة ولو كان الشرط لاحقا لانعقاد العقد . فلا يجوز الاتفاق على ان يسترد احد الشركاء حصته سالمة من كلّ خسارة او الاتفاق على ان ينال مقدم الحصة بالانتفاع مقابل هذه الحصة أيّاً كانت خسائر الشركة .

وقد اشارت المادة الى استثناء حالة تقرير اجر عن عمل الشريك من الحكم السابق اما حيث لا ينال الشريك بالعمل اجرا ، فانه يجوز الاتفاق على اعفائه من الخسائر . هذا الاستثناء ظاهرى لان هذا الشريك يخسر عمله الذى ضاع عليه وادى للشركة دون مقابل وبهذا يكون اسهامه فى الخسارة قد تحقق بالفعل .

ويجوز على اى حال الاتفاق على تحديد المساهمة فى الخسائر بقيمة الحصة ، او الاتفاق على تأمين احد الشركاء ضد الخسائر الناشئة عن أسباب معيّنة ، او تقرير الحق للشريك فى طلب حل الشركة اذا لم تبلغ الارباح حدا معينا . فهذه الشروط جميعا لا تتعارض مع ركن نية الاشتراك . وكذلك يجوز الاتفاق على ان يساهم الشريك فى الخسائر بنسبة اقل من مساهمته فى الارباح طالما يبين من العقد توافر ركن نية الاشتراك .

ولما كان البطلان يقتصر على شرط الاسد ولا يمتد الى الشركة التى تبقى صحيحة فان توزيع الارباح والخسائر بين الشركاء يتم طبقًا لقواعد التوزيع الذى نص عليه النظام والذى يعمل به فى حالة عدم الاتفاق على شىء فى هذا الشأن ، وذلك وفقا للمادتين (٧) ، (٩) من النظام واذا لم يتفق الشركاء على كيفية توزيع الارباح والخسائر ، فان التوزيع يتم بنسبة الحصص فى رأس المال (مادة ٩/١) واذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة ايضا اى تحددت المساهمة فى الخسارة بنفس النسبة . وكذلك اذا اقتصر العقد على تعيين نسبة المساهمة فى الخسارة ، فان المساهمة فى الربح تكون بذات النسبة (٩/٢) .

المبحث الثالث : جزاء تخلّف شروط الشركة وأركانها

المطلب الأول

انواع الجزاءات المترتبة على مخالفة شروط الشركة واركانها

يؤدى تخلف اى شرط من الشروط الموضوعة السابقة اللازمة لقيام الشركة او احد اركانها الى بطلان عقد الشركة وذلك وفقا للقواعد العامة . ولكن الطبيعة الخاصة لعقد الشركة تفرض بعض التحوير على احكام القواعد العامة التى لا تطبق تطبيقا كاملا فى حال بطلان العقد المذكور .

وقد يؤدى تخلف بعض هذه الشروط الى البطلان النسبى او الى البطلان المطلق . ويترتب البطلان النسبى طبقا للقواعد العامة فى حالات نقص الاهلية او عيب الرضا ، ولا يجوز التمسك به الا للشريك الذى يقوم به سبب البطلان او ذلك الذى شرع البطلان لمصلحته ، ويكون له ان يسترد حصته كاملة ولا يتحمل شيئا من الخسائر ولا ينال نصيبا من الارباح .

واذا تقرر البطلان فان اثره ينعكس على عقد الشركة بالنسبة لبقية الشركاء اذا كانت الشركة قائمة على الاعتبار الشخصى اذ تدخل الشركة ، اما فى شركات الاموال ، فان اسهم الشريك الذى بطل العقد بالنسبة له تباع الى الغير ولا تتأثر الشركة وتظل قائمة قانونا .

ويبطل عقد الشركة بطلاناً مطلقا اذا فقدت احد اركانها ، فاذا انهار ركن الرضا او كان محلها غير مشروع يبطل العقد بطلانا مطلقا ويجوز لكل ذى مصلحة فى هذه الحالة ان يتمسك بهذا البطلان كما يجوز ان تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وفقا للقواعد العامة ويجوز بناء على ذلك لكل شريك ان يتمسك به قبل الشركاء الاخرين .

وقد ثار التساؤل عما اذا كان للشركاء أن يتمسّكوا فى مواجهة الغير حسن

النية بالبطلان لعدم المشروعية . والرأى الراجح انه لا يجوز الاحتجاج على الغير بالبطلان لعدم المشروعية اذا كان الغير لا يعلم بعدم المشروعية وكان العقد الذى تم بينه وبين الشركة يقوم على سبب مشروع واستكمل اركانه وشرائطه الاخرى .

اما بالنسبة للشروط الشكلية اللازمة للاحتجاج بالشركة على الغير فان جزاء تخلفها هو عدم جواز الاحتجاج بالشركة على الغير ومثال ذلك شرط الكتابة الذى اشترطه النظام فى عقد الشركة (م ١٠) وكذلك شرط اشهار الشركة (ماده ١) ففى الحالتين يسال مديرو الشركة او اعضاء مجلس ادارتها بالتضامن عن تعويض الضرر الذى يصيب الشركة والشركاء او الغير بسبب عدم الكتابة او عدم الشهر (المادتان ١٠ ، ١١) وعلى ذلك فان البطلان لا يترتب على مخالفة شرطى الكتابة والشهر ولا يجوز التمسك بالجزاء الذى يرتّبه القانون فى الروابط بين الشركاء بل يقتصر الحق فى التمسك به على الغير اذ شرع هذا الجزاء حماية للغير لا للشركاء .

المطلب الثانى

بطلان عقد الشركة ونظرية الوجود الفعلى

تقضى القواعد العامة بان البطلان يرتد اثره الى الماضى ليقضى على كيان العقد فيه ، ولو طبقت هذه القواعد على بطلان الشركة دون تعديل او تحوير ، لادى تطبيقها الى تصدع مراكز مستقرة واهدار لحقوق الغير الى نتائج غير عادلة ومخالفة لطبائع الاشياء فالشركة شخص معنوى عاش بالفعل طيلة الفترة السابقة على تقرر البطلان ودخل فى معاملات مع الغير اكتسب فيها حقوقا وتحمل التزامات وحقق ارباحا او منى بخسائر ، ومن الواضح انه لا يمكن فى جميع الصور ان تصفى هذه الاثار التى تحققت فعلا على اساس فكرة الاثر الرجعى للبطلان ولذلك اقام القضاء نظرية الشركة الفعلية او شركات الواقع

ليقصر اثار البطلان على المستقبل وحده دون الماضى بحيث يحترم وجود الشركة الفعلى الذى قام قبل ان يتقرر البطلان وذلك حماية للمظهر الذى

اطمأن اليه الغير وتحقيقا لاستقرار المراكز القانونية وحماية لحقوق الغير ، وقد اقام القضاء هذه النظرية على اساس ان عقد الشركة من العقود الزمنية[1] ، ومن ثم فلا يمتد الى البطلان الا فى المستقبل ، ولكن الفقه لا يتفق على مضمون النظرية وهناك عدة اتجاهات فى هذا الخصوص ويذهب الاتجاه الراجح الى القول بالغاء فكرة البطلان ذاتها ، والقول بان الشركة الفعلية تنحل وتصفى ، وعلى ذلك يذهب هذا الاتجاه يصل الى الحد الذى يستبدل بفكرة البطلان فكرة الانحلال والتصفية ولكن هناك اتجاها اخر يرى اننا يجب انِ نحتفظ بجوهر فكرة البطلان مع التخفيف من اطلاق أثاره فى حدود معينة لا تصل الى تحويل هذا البطلانِ الى مجرد انحلال وتصفية .

هذا ومن الجدير بالذكر انه ليس هناك تعاقد تام على حدود النظرية ورسم الاطار الذى تعمل فيه ، غير انه من المتفق عليه ان هذه النظرية لا تعمل - بل ولا تبدو فائدتها اذا كانت الشركة لم تقم قبل تقرر بطلانها باى نشاط ، ففى الفرض تنتفى كل صعوبة ولا يكون هناك ضرر من تطبيق القواعد التقليدية فى نظرية البطلان ولا يكون ثمة مبرر لتحوير تلك القواعد ..

كذلك فمن المتفق عليه ايضا انه يجب لتطبيق النظرية ان تتوافر العناصر الاساسية اللازمة للشركة . اما اذا انتفى عنصر نيّة الاشتراك او لم تكن هناك حصص اصلا ، فليست هناك شركة لا قانونا ولا فعلا ومن ثم لا يمكن ان يتم البحث فى شأن وجود او عدم وجود شركة فعلية .

---

(١) انظر السنهورى ج ١ ورقم ٦٦ وانظر محسن شفيق الوسيط ج ١ رقم ٣٠٨ وانظر كذلك حكم محكمة النقض المصرية فى ١٩٥٢/١١/١٨ المحاماة ٣٤ ـ ١٢٦٠ وانظر بشأن مختلف الآراء التى قيلت بشأن الشركة الفعلية سمير الشرقاوى الشركات رقم ٦٢ ومن صالح ١ رقم ٢١٨ واكثم خولى الموجز ج ١ رقم ٣٨٥ .

بالاضافة الى ما تقدم يتجه الرأى كذلك الى استبعاد تطبيق النظرية فى حالة البطلان لعدم الشرعيّة لان تطبيقها فى هذا الغرض ينطوى على الاعتراف بالغرض غير المشروع فضلا عما سبقت الاشارة اليه من ان هذه النظرية لا تعمل فى القانون السعودى فى حالة عدم كتابة الشركة او عدم شهرها لان الجزاء يقتصر فى هاتين الحالتين على عدم جواز الاحتجاج بالشركة على الغير كما سبق ان ذكرنا .

ولكن يعمل بنظرية الوجود الفعلى فى حالات البطلان النسبى فى شركات الاشخاص وذلك بالنسبة لبقية الشركاء الذين لم يقم بهم سبب البطلان وكذلك تعمل هذه النظرية اذا تخلفت بعض الشروط الخاصة التى يتطلبها القانون فى بعض الشركات كالشروط الخاصة بعدد الشركاء ومقدار راس المال وغيرها والتى لا تعتبر من الاركان الاساسية كركن التعدد وركن تقديم الحصص وركن نيه الاشتراك .

واذا كان تطبيق القواعد العامة فى البطلان يؤدّى الى استرداد كل شريك حصته بالكامل دون ان يتحمل شيئا من الخسائر او يكتسب حقا على الارباح التى تحققت ، فان هذه القواعد تطبق دون تحوير على الشركاء الذين يبطل العقد بالنسبة لهم بطلانا نسبيا . اما بالنسبة لبقية الشركاء فان تطبيق نظرية الشركة الفعلية يؤدى الى ان يتم استراداد الحصة بعد المساهمة فى الخسائر ومع المساهمة فى الربح ان وجد وذلك وفقا للقواعد العامة .

وقد اختلف الرأى فى شان الاساس والكيفية التى يتم وفقا لها توزيع الارباح والخسائر على الشركاء فى تلك الحالة فيذهب الرأى الذى يلحق بطلان الشركة الواقعية بفكرة الانحلال الى اعمال أحكام العقد الخاصة بتوزيع الارباح والخسائر ، غير انه لما كان هذا الحل يهدد قواعد البطلان تماما ويجرى حكم العقد الباطل كما لو كان صحيحا ، فقد ذهب رأى اخر الى وجوب اعمال نصوص القانون الخاصة بتوزيع الارباح والخسائر عند عدم اتفاق الشركاء ، ولكن يعيب هذا الحل بدوره ان هذه النصوص قد وضعت لتطبق على الشركات الصحيحة

بينا الفرض ان الشركة باطلة .

يرى انصار الرأى الذى لا يرى فى نظرية الشركة الفعلية الا تخفيفا لاحكام البطلان وجوب استبعاد احكام العقد ونص القانون وترك الامر للقاضى يوزع الربح والخسارة على اساس من العدالة . وطبقا لهذا الرأى يجوز ان تطبق شروط العقد ولكن على اساس انها تقرر احكاما عادلة لا بوصفها شروطا فى العقد . وبالرغم من الصعوبات التى تكتنف هذا الرأى الا انه اقرب الاراء جميعا الى منطق القانون .

ومن الجدير بالذكر انه يترتب على الوجود الفعلى للشركة خضوعها للضريبة على الارباح التجارية والصناعية .

كذلك يترتب على الوجود الفعلى للشركة نتيجة اخرى هامة تتعلق بالرابطة بين الشركاء وهو جواز قيامهم باثبات الشركة فى الماضى بكافة طرق الاثبات حتى يمكن تصفية اثار الروابط التى تنشأ قبل تقرير البطلان وبعد هذا الحكم تطبيقا للقواعد العامة .

وقد اختلف الفقهاء بشأن الاثار التى ترتبت على روابط الشركة الفعلية مع الغير فالفقهاء الذين يسوون البطلان والانحلال ينتهون الى أنّ الشركة تتمتع بالوجود الكامل فى الفترة السابقة على البطلان فتظل حقوقها والتزاماتها التى ترتبت فى هذه الفترة صحيحة وقائمة . اما بعد الحكم بالبطلان فان الشركة تدخل فى دور التصفية وتظل محتفظة بشخصيتها المستقلة حتى نهاية التصفية ومن ثم يجوز طلب اشهار افلاسها بعد الحكم ببطلانها على اساس وجودها الفعلى .

اما الفقهاء الذين يرون تطبيق قواعد البطلان مع التخفيف من اثارها فانهم لا يرتبون النتائج السابقة ولكنهم يذهبون الى انه يكون للغير ان يختار - طبقا لمصلحته بين التمسك ببقاء الشركة فى الماضى والتمسك ببطلانها باثر رجعى ويهدم هذا الوجود فى الماضى فدائن الشركة من مصلحته ان يتمسك ببقائها فى الماضى بينا تظهر مصلحة دائن الشريك فى التمسك ببطلان الشركة باثر رجعى .

ولكن يمتنع على الغير ان يجمع بين التصويرين فيختار قيام الشركة فيما ينفعه ويختار زوالها باثر رجعى فيما يفيده ، بل عليه ان يختار موقفا واحداً . اما اذا تنازع من يتمسك ببقاء الشركة فى الماضى ومن يتمسك بزوالها باثر رجعى ، فانه يجب ان يتغلب جانب من يتمسك ببطلان الشركة باثر رجعى لان هذا الوضع هو الاصل وهو الحل الاقرب الى منطق البطلان والذى تمليه القواعد العامة اذا طبقت بغير تحوير .

وهناك حالات لا يؤخذ فيها بنظرية الشركة الفعلية ولكن تطبق قواعد البطلان بغير تحوير او تعديل على ماضى الشركة وحاضرها ومستقبلها وهذه الحالات هى حالات بطلان لعدم المشروعية فان البطلان يتناول ماضى الشركة كما يتناول مستقبلها فتبطل جميع المعاملات التى تمت مع الشركة فى الماضى وتعتبر كان لم تكن وتسقط جميع الحقوق والالتزامات التى نشأت للشركة او عليها . وكذلك تصفى اثار الشركة بين الشركاء بان يسترد كل شريك حصته . واذا تصورنا ان بقيت ارباح او خسائر رغم بطلان المعاملات الماضية على استبعاد احكام العقد فى هذه الصورة وكذلك لا يتصور ان تخضع هذه الشركة الباطلة للضريبة ولا ان يشهر افلاسها لانها غير موجودة لا قانونا ولا فعلا .

الفصل الثالث

الشخصيّة المعنويّة للشركة ونتائجها

تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا مستقلا عن اشخاص الشركاء المكونين لها ، باستثناء شركة المحاصة فهى لا تكتسب الشخصية المعنوية .

وعلى ذلك فلا يقتصر عقد الشركة على انشاء التزامات وحقوق فيما بين الشركاء بل ينشأ عنه شخص معنوى جديد يحيا حياته المستقلة ويتمتع بذمة خاصة به ويكون له موطن واهلية وجنسية قد تختلف تماما عن جنسية الشركاء .

ويصدق هذا الحكم على الشركات التجارية والشركات المدنية على السواء ، وتبدأ شخصية الشركة فى الوجود كقاعدة عامة بمجرد تكوينها (مادة ١٣) ولو كانت شركة غير مشهورة .

غير انه لا يجوز الاحتجاج بشخصية الشركة التجارية غير المشهورة على الغير الا بعد استيفاء اجراءات الشهر (مادة ١٣) ولكن يجوز للغير ان يتمسك بشخصية الشركة ولو لم تتم هذه الاجراءات وعلى عكس القانون السعودى وضع قانون الشركات الفرنسى الجديد مبدأ عاما مقتضاه ان الشركات التجارية تتمتع بالشخصية المعنوية ابتداء من تاريخ قيدها فى السجل التجارى . ويترتب على اكتساب للشخصية المعنوية تمتعها بذمة مالية مستقلة باهلية للتصرف فى حدود معينة وبان يكون لها ممثّلون قانونيّون وبان يكون لها موطن وجنسية .

المبحث الاول : الذِّمّة الماليّة المسْتقلة للشركة

تعتبر الذمة المستقلة اهم نتائج الشخصية القانونية وعلى ذلك تتمتع الشركة بذمة مالية مستقلة باصولها وخصومها وتنفصل تماما عن ذمم الشركاء وتترتب على ذلك النتائج الاتية :

١ ـ تتلقى الذمة المالية للشركة حصص الشركاء وتنتقل هذه الحصص من الشركاء اليها ويفقد الشركاء كل حق عينى عليها ، ولا يبقى لهم الا حق دائنه للشركة بنصيب فى الربح ان تحققت ارباح وبفائض التصفية اى بالحق فى اقتسام صافى موجودات الشركة عند تصفيتها بعد انتهائها ، ويعتبر حق الدائنية الثابت لكل شريك قبل الشركة من طبيعة منقولة ولو كانت حصة الشريك عقارا اذانه بمجرد دخولها الى ذمّة الشركة تختلط باموالها الاخرى وتفقد تبعيتها للشريك .

٢ ـ نتيجة لخروج الحصة من ذمة الشريك لا يجوز لدائنيه ان يحجزوا عليها اذ تصبح مملوكة للشركة وذلك ما لم يكن لهم حق عينى على المال كالرهن بل

يقتصر حقهم على حصته فى الربح تحت يد الشركة . فاذا صفيت الشركة جاز لدائنى الشريك ان يحجزوا على الاموال التى تخرج من نصيب مدينهم فى التصفية (المادة ٦/١) اما اذا كانت حصة الشريك تتخذ شكل اسهم فان لدائنيه ان يطلبوا بيع هذه الاسهم ليتقاضوا حقهم من حصيلة البيع ، ولكن لا يسرى هذا الحكم على اسهم الشركة التعاونية (مادة ٦/٢) وذلك استثناء من القواعد العامة .

ويجوز للدائنين ان يطعنوا فى تقديم الحصة للشركة اذا كانت الحصة قد قدمت الى الشركة بقصد الاضرار بهم واستبعادهم من ضمانهم .

٣ ـ نتيجة لاستقلال ذمّة الشركة عن ذمم الشركاء تمتنع المقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء فاذا كان شخص واحد دائنا للشريك ومدينا للشركة فليس له ان يتمسك فى مواجهة الشركة بوقوع المقاصة بين دينه وحقه قبل الشريك لاستقلال ذمة الشركة عن ذمته .

ولكن يجوز لدائن الشركة ان ينفذ على اموال الشريك الخاصة اذا كان هذا الشريك متضامنا لانه يسأل فى كل امواله عن ديون الشركة ولكن امتداد ضمان دائن الشركة الى اموال الشريك مع ذلك من استقلال ذمة الشركة عن ذمم الشركاء بل هو نتيجة لتضامن الشريك مع الشركة وليس نتيجة لاختلاط ذمته بذمة الشركة .

المبحث الثانى : أهليّة الشركة

يترتب على تمتع الشركة بالشخصيه المعنوية ان يكون لها وفقا للقواعد العامة أهليّة فى حدود الغرض الذى وجدت من اجله ، ويتكفل عقد الشركة ونظامها برسم حدود هذه الاهلية من حيث غرض الشركة ولا يكون للشركة ان تتجاوز هذا الغرض الى غيره فان تجاوزته تكون قد تصرفت فيما لا أهليّة لها للتصرف فيه .

ويكون للشركة عادة أهلية التصرف فى الامور الطبيعية بوجه عام فيكون لها ان تشترى وتبيع وترهن وترتهن وتوكل وتصالح وتوجر وتستأجر ، كما يكون لها ان تقاضى وممثلها فى ذلك مديرها . وكذلك يكون لها ان تساهم فى شركة اخرى ، وهذا فضلا عن انها قد تكتسب وصف التاجر وتتحمل إلتزامات التجار ، ثم ان الشركة تسأل مسئولية مدنية تعاقديّة او غير تعاقدية وتنشغل بالالتزام وبالتعويض . اما المسئولية الجنائية ، فالاصل انها شخصية لا تلحق الا الشخص الطبيعى الذى وقع منه الفعل المكون للجريمة . ومع ذلك يتجه الرأى الى انه يجوز ان يحكم على الشركة بالعقوبات المالية التى لا تخلو من فكرة التعويض كالغرامات التى تقضى بها اللجان الجمركية فى مواد التهريب والغرامات التى تلحق من لم يدفع الضريبة مثلا وغير ذلك من العقوبات المالية المماثلة .

ولا تمتد اهلية الشركة الى التبرع وذلك لانها شخص يعفى باستثناء التبرعات التى يجيزها العرف للاغراض الاجتماعية والخيرية . ويجوز للشركة ان تقبل الهبات على الا تكون مقرونة بشروط مخالفة لغرضها او للاهداف التى قامت من اجلها .

المبحث الثالث : إسم الشركة وموطنها

يترتب على منح الشركة الشخصية المعنوية ان يكون لها اسم خاص لها كما يكون لها موطن خاص بها هو المكان الذى يوجد فيه مركز ادارة الشركة اى المكان الذى يباشر فيه المدير عمله بالنسبة لشركات الاشخاص ، والمكان الذى تجتمع فيه الجمعية العمومية ومجلس الادارة فى شركات الاموال .

وقد تختار الشركة موطنها فى نفس الجهة التى تباشر فيها نشاطها ، لكن من حقها ان تختار له مكانا اخر ولذلك يتجمع عدد كبير من مراكز ادارات الشركات فى العاصمة ولو كانت تمارس نشاطها فى اماكن بعيدة عنها لكى تستطيع ان تحل مشاكلها مع الجهات الادارية المركزية .

ووفقا للقواعد العامة ترفع على الشركة امام محكمة موطنها اى امام المحكمة التى يقع فيها دائرتها ومركز اداراتها ـ ويجوز فى المسائل المتصلة باحد فروع الشركة ـ ان ترفع الدعوى امام المحكمة التى يقع الفرع فى دائرتها ، اى ان المكان الذى يوجد به كل فرع يعتبر موطنا خاصا للشركة فى خصوص الاعمال المتعلقة بهذا الفرع وباعتبار ان هذا الموطن هو موطن خاص للمدعى عليه .

المبحث الرابع : جنسيّة الشركة

يترتب كذلك على منح الشركة الشخصية المعنوية ان يكون لها جنسيّة تربطها بدولة معينة كما هو الحال بالنسبة للاشخاص الطبيعيين لان الجنسية نظام يرتب عليه القانون نتائج هامة بالنسبة لكل من الشخصين الطبيعى والمعنوى ، فتحديد جنسية الشخص المعنوى بصفة خاصة الشركات ـ لازم لمعرفة مدى تمتعه بالحقوق التى تقصرها كل دولة على رعاياها ومنها الحق فى الاتجار ، وكذلك يجب معرفة الجنسية لتحديد الدولة التى يكون لها الحق فى حماية الشخص المعنوى فى المجال الدولى اذا تعرضت مصلحته للخطر ثم ان معرفة جنسية الشركة لازمة لتحديد النظام القانونى الذى تخضع له فى تاسيسها واثناء حياتها فى مختلف نواحى نشاطها القانونىّ كالمعاملة الضريبيةّ وغيرها . وقد اختلف الرأى فى تعيين الأساس الذى تتحدّد به جنسيّة الشخصى المعنوى بوجه عام والشركات بوجه خاص واتجهت تشريعات مختلف الدول الى عدة اتجاهات فى هذا الخصوص .

ويذهب الاتجاه الغالب والماخوذ به فى فرنسا الى ان الشركة تكتسب جنسية الدولة التى يوجد باقليمها مركز ادارتها لان مركز الادارة هو بمثابة العقل المحرك للشركة وفيه يتركز نشاطها وحياتها القانونية . بذلك يكفل هذا المعيار قيام جنسية الشركة على رابطة اقتصادية وثيقة بينها وبين الدولة . وبهذا المعيار تاخذ تشريعات اغلبية الدول الاوروبية ودول امريكا اللاتينية . اما الدول

الانجلوسكسونية والدول الاسكندنافية فتاخذ تشريعاتها بمعيار مكان التأسيس او مكان التسجيل بوجه عام . اما بالنسبة للتشريع السعودى فقد نصت المادة رقم ١٤ من نظام الشركات على انه باستثناء شركة المساهمة تتخذ كل شركة تؤسس وفقا لأحكام هذا النظام مركزها الرئيسى فى المملكة وتعتبر هذه الشركة سعودية الجنسية ولكن لا تستطيع هذه الجنسية بالضرورة تمتع الشركة بالحقوق المقصورة على السعوديين ، ويتضمن هذا النص قاعدتين هامتين تتعلق الاولى منهما بمعيار الجنسية السعودية بينما تتعلق الثانية بمدى تمتع الشركات السعودية بالحقوق التى يقصر القانون ممارستها على السعوديين .

(١) معيار اكتساب الشركة للجنسية السعودية : ـ

يتضح من النص سالف الذكر ان كل شركة تؤسس فى المملكة يجب ان تتخذ مركزها الرئيسى بها وتكتسب الجنسية السعودية . ولايبين من هذا النص ما اذا كان معيار الجنسية هو تأسيس الشركة فى المملكة ام اتخاذها لمركزها الرئيسى بها . ولذا يثور التساؤل حول جنسية الشركة التى قد تؤسس فى الخارج ولكنها تتخذ مركز ادارتها الرئيسى فى المملكة . فهل تكتسب هذه الشركة الجنسية السعودية بحكم وجود مركز ادارتها فى المملكة ؟ ام انها لاتكتسب هذه الجنسية نظرا لتأسيسها فى الخارج ؟

الراجح ان معيار الجنسية وفقا للنظام هو اتخاذ الشركة لمركز ادارتها بالمملكة وان كل شركة تتخذ مركز ادارتها بالمملكة تكون سعودية الجنسية ولو كانت تأسست فى الخارج .

(٢) تمتع الشركات السعودية الجنسية بالحقوق : ـ

تنص المادة (١٤) صراحة على ان مجرد اكتساب الشركة الجنسية السعودية ، بحكم تأسيسها او تمركز ادارتها فى المملكة ـ لايكفى لتمتعها بالحقوق المقصورة على السعوديين بل ينظم المشرع الامر فى كل حالة ويحدد الشروط

التى يجب ان تتوفر فى الشركة لممارسة هذا الحق او ذاك من تلك الحقوق . فقد تؤسس الشركة وتتخذ مركز ادارتها فى المملكة ولكن تكون اغلبية الشركاء فيها او اغلبية المسيطرين على ادارتها من غير السعوديين وهنا تكون جنسيتها السعودية مجرد ستار تكمن وراء مصالح اجنبية وقد تكون معادية ولذا فمن الطبيعى فى هذه الحالة الا تتمتع مثل هذه الشركة بالحقوق التى يقصر القانون ممارستها على الوطنيين وحدهم .

اما الشركة السعودية الجنسية التى تسيطر مصالح وطنية عليها فلا بأس من تمتعها بهذه الحقوق وتطبيقاً لذلك نصت المادة الاولى من نظام الوكالات التجارية الصادر بالمرسوم الملكى رقم ١١ فى ١٣٨٢/٢/٢٠ من ان ممارسة اعمال الوكالات التجارية مقصورة على السعوديين وان الشركات التى تقوم بهذه الاعمال يجب ان يكون راس مالها بالكامل سعوديا وان يكون اعضاء مجالس ادارتها ومن لهم حق التوقيع باسمها سعوديين .

فهنا لم يكتف المشرع بان تكون الشركة سعودية الجنسية بل اوجب ان يكون الشركاء والمديرون من السعوديين ايضا . ولولا هذا الحكم لجاز لغير السعوديين ممارسة هذه الاعمال المقصورة على السعوديين عن طريق شركة توسس وتتخذ مركز ادارتها فى المملكة وهو مايخالف قصد المشرع واهدافه وما ارتآه من تحقيق مصالح الرعايا السعوديين .

ومن هذا كله يتضح ان الشركات المتمتعة بالجنسية السعودية تنقسم من حيث تمتعها بالحقوق المقصورة على الوطنيين الى قسمين ، قسم يتمتع بهذه الحقوق نظرا لقيامه على مصالح وطنية وادارة وطنية ، وقسم لايتمتع بهذه الحقوق لعدم توفر هذه الشروط فيه ومن ثم لايتمتع بكل حقوق المواطن السعودى ، وقد يذهب راى الى ان هناك معيارا اخر لجنسية الشركة غير المعيار المستمد من مكان مركز ادارتها الرئيسى وهو معيار الاشراف الوطنى او السيطرة الوطنية على الشركة ، فيجب ان تقوم مثل هذه السيطرة حتى تكتسب الشركة الجنسيةالوطنية ، الا ان يتضح تماما كل ماتقدم ان شرط السيطره الوطنية على

الشركة ليس شرطا لتمتعها بالجنسية السعودية بل هو شرط لتمتع الشركة التى اكتسبت الجنسية السعودية طبقا لمعيار المركز الرئيسى ببعض الحقوق التى يقصر القانون ممارستها على السعوديين ، اى ان السيطرة الوطنية هى شرط اخر يضاف الى شرط الجنسية السعودية حتى تتمتع الشركة بهذه الحقوق طبقا لبعض التشريعات التى يصدرها المشرع وفقا لكل حالة على حدة وقد يأخذ فى اعتباره نوع الاستثمار كما رأينا .

المبحث الخامس : تحوّل الشركة وتأميمها

لايتوقف اكتساب الشركة شخصية معنوية مستقلة على شكلها القانونى ، ولهذا يقال ان شكل الشركة ليس الا ثوبا قانونيا لشخصيتها ، ولذا تستطيع الشركة ان تغير من هذا الثوب اى تتخذ شكلا قانونيا اخر دون ان يستتبع هذا التغيير زوال شخصيتها بل تظل هذه الشخصية قائمة ومستمره تحت الشكل الجديد .

وقد اعتمد المشرع السعودى هذا النظر فى نظام الشركات اذ تقضى المادة (٢١١) منه بانه لايترتب على تحول الشركة نشوء شخص اعتبارى جديد وتظل الشركة محتفظة بحقوقها والتزاماتها السابقة على التحول . وعلى ذلك لايؤدى تحول شركة التضامن او شركة التوصية الى شركة اموال الى ابراء ذمة الشركاء المتضامنين ومن مسئوليتهم الشخصية عن ديون الشركة الا اذا قبل ذلك الدائنون ، ويفترض هذا القبول اذا لم يعترض احدهم على قرار التحول خلال (٣٠) يوما من تاريخ اخطاره بخطاب مسجل (ماده ٢١٢) ولكن بقاء شخصية الشركة رغم التحول لايعفى الشركة من اتخاذ اجراءات التأسيس والشهر الواجبه للشكل الذى تتحول اليه (ماده ٢١٠) فاذا تحولت شركة تضامن الى شركة مساهمة مثلا فلا مناص رغم بقاء شخصيتها من اتخاذ اجراءات تأسيس شركات المساهمة .

ولايستتبع تأميم الشركة وبالضرورة انهاء شخصيتها المعنوية بل قد يرد التأميم على اسهم الشركات المؤممة وحدها وتظل هذه الشركات بعد التأميم محتفظة بشكلها القانونى او بشخصيتها الاعتبارية التى اكتسبتها قبل التأميم ، ولكن قد يحدث ان لايقتصر التأميم على اسهم الشركة بل يمتد الى كل كيانها وهنا تنقضى الشركة وتنقضى شخصيتها المعنوية بحدوث هذا النوع من التأميم .

الفصل الرابع
انقضاء الشركة

تتعدد اسباب انقضاء الشركات وتتغاير فى طبيعتها ، ومن هذه الاسباب ماهو عام يسرى على جميع الشركات ، ومنهـا أسبـاب مبنية على الاعتبـار الشخصى لاتسرى الا على شركات الاشخاص ومتى قام السبب المنهى للشركة - ايا كان هذا السبب - فان شخصية الشركة لاتنتهى بمجرد قيام هذا السبب بل تدخل الشركة فى دور التصفية وتظل شخصيتها قائمة فى حدود حاجات التصفية إلى أن تتم التصفية بسداد ديون الشركة وقسمـة الفـائض من اموالهـا بـين الشركاء .

وسنعرض فيا يلى الاسباب العامة لانقضاء الشركات ثم ندرس الاسباب القائمة على الاعتبار الشخصى .

المبحث الأول : الأسباب العامة لانقضاء الشركة

أولا : انقضاء المدة المحددة للشركة :

تنقضى الشركة بحلول الموعد المعين لانقضائها وبانتهاء مدتها فاذا اتفق الشركاء فى العقد على مدة للشركة فان الشركة تنتهى بقوة القانـون بمجـرد انقضاء هذه المدة (مادة ١/١٥) حتى ولـو كان هذا الانتهـاء ضد رغبـة الشركاء .

ومع ذلك فليس ثمة مايمنع ان تستمر الشركة فى العمل بعد انتهاء مدتها فى بعض الاحوال ولكن وضعها القانونى يختلف وفقا للظروف التى تحيط باستمرارها على النحو التالى :

١ ـ استمرار الشركة فى البقاء بشخصيتها الاولى : لاتنقضى الشركة رغم انتهاء المدة ـ فى حالتين :

(ا) اذا حدد ميقات انتهاء اعمال الشركة على نحو تقريبى على اعتبار ان العمل الذى أنشئت من اجله لايستغرق وقتا اطول لأن الاتفاق يجب تفسيره وفقا لنية المتعاقدين . ففى هذه الحالة تبقى الشركة بشخصيتها لان اجلها يكون ـ طبقا لارادة الشركاء ـ ابعد الأجلين : انقضاء المدة اوانتهاء المدة أوانتهاء العمل . ويرى بعض الفقهاء انه فى هذه الحالة اذا انتهى عمل الشركة قبل انقضاء مدتها فانها تظل قائمة قانونيا حتى انتهاء موعدها[١].

(ب) اذا اتفق الشركاء قبل انتهاء مدة الشركة على مد اجلها ، والاصل ان يتم هذا الاتفاق باجماع الشركاء مالم ينص العقد على اغلبية معينة تكفى لذلك والا كان الامتداد غير سارى المفعول .

٢ ـ قيام الشركة بعد انتهاء مدتها ولكن كشركة جديدة : ويحدث ذلك فى حالتين :

(ا) اذا جرى الاتفاق بين الشركاء بعد انقضاء مدة الشركة على الاستمرار فى العمل لمدة اخرى محددة ، وتعتبر الشركة هنا شركة جديدة لان الشركة الاولى تكون قد انقضت بقوة القانون بنهاية المدة . وقامت على انقضائها الشركة الجديدة .

(ب) اذا استمر الشركاء فى العمل بعد انقضاء المدة ، فيعد هذا إتفاقاً منهم على اقامة شركة جديدة بالشروط ذاتها لمدة مماثلة وهكذا . ويجعل القانون المصرى الامتداد فى هذه الصورة لمدة سنة فسنة أخرى وهكذا يكون التجديد

(١) انظر محسن شفيق الموجز رقم ٣٠١ وانظر عكس جهة النظر سالفة الذكر على يونس المرجع السابق رقم ٩٩ .

التلقائى لهذه المدة المحددة . ويجيز القانون المصرى لدائن احد الشركاء ان يعترض على هذا الامتداد حماية لحقوقه ويترتب على اعتراضه وقف أثره فى حقه ويرجع ذلك الى انه يمتنع على الدائن ان ينفذ على حصة مدينه اثناء قيام الشركة لذلك لابد ان يثبت له الحق فى الاعتراض على امتداد الشركة وطلب عدم نفاذ هذا الامتداد فى حقه حتى يتمكن من التنفيذ على هذه الحصة واستيفاء حقه منها . والراجح انه يشترط لاستعمال الدائن هذا الحق ان يثبت الغش والتواطؤ من جانب المدين لأن هذا حق خاص تقرر بمقتضى النص الذى لم يشترط هذا الشرط .

فاذا اعترض الدائن على الامتداد فان ذلك يقتضى تحديد حصة الشريك المدين فى الشركة حتى يتمكن دائنه من التنفيذ عليها . ولايحق ذلك دون الاستمرار فيما بين بقية الشركاء ولكن يلتزم الشريك المدين بتعويض الشركة عن الحصة التى تم التنفيذ عليها من جانب دائنه .

وليس فى نظام الشركات السعودى حكم مماثل ولكن على أية حال يجوز للدائن أن يعترض على الامتداد فى حالة الغش والإضراريّة من جانب المدين وذلك وفقاً للقواعد العامة .

ثانيا : انتهاء العمل الذى قامت الشركة من اجله :

تنتهى الشركة بانتهاء العمل الذى قامت من اجله فاذا تكونت الشركة للقيام بعمل معين كانشاء خط حديدى او حفر قناة مثلا فانها تنتهى بتمام هذا العمل . فاذا استمر الشركاء بعد ذلك فى القيام بعمل من نفس النوع فان العقد يمتد بذات الشروط ، أى تنشأ شركة جديدة بذات الشروط .

ويجيز القانون المصرى ان يعارض دائن احد الشركاء فى هذا الامتداد ويترتب على اعتراضه وقف اثره فى حقه ولو لم يثبت قيام غش او تواطؤ .

اما بالنسبة للمملكة العربية السعودية فيكون للدائن حق فى الاعتراض الا فى حالتى الغش والتواطؤ وفقا للقواعد العامة .

ثالثا : انقضاء الشركة باستحالة تحقيق غرضها :

تنتهى الشركة باستحالة اتمام العمل الذى قامت من اجله وباستحالة تحقيق هدفها او غرضها اذ لايكون هناك مبرر لاستمرار وجودها .

وقد نصت المادة (٢/١٥) صراحة على هذا الحكم .

رابعا : هلاك مال الشركة :

تنتهى الشركة بهلاك جميع مالها أو معظمه بحيث يتعذر استثمار الباقى استثمارا مجديا (مادة ٤/١٥) ويكون انتهاء الشركة بقوة القانون ان هلك مالها بحيث لم تعد قادرة على المضى فى عملها ويستوى فى ذلك ان يكون الهلاك ماديا ـ كغرق السفينة او احتراق المصنع ـ أومعنويا كسحب الامتياز الممنوح لها او اعتبار نشاطها غير مباح كما لو كانت تنتج شيئا وصدر تشريع يحظر انتاجه .

ولايثير الهلاك الكلى مشكلة اما اذا كان الهلاك جزئيا واختلف الشركاء حول مدى اهمية الجزء الهالك فان القضاء يقدرما اذا كان الهلاك مؤدّياً لانقضاء الشركة أم لا وقد ينص عقد الشركة على نسبة معينة كالثلث او الربع يجب عندها حل الشركة وتعتبر بمثابة حد ادنى لازم لنشاط الشركة فاذا ورد فى العقد هذا النص التزم الشركاء باحترامه . ومن البديهى ان لايؤدى هلاك مال الشركة الى انقضائها الا اذا كان يؤدى الى استحالة استمرار الشركة فى عملها. فاذا كانت الشركة قد أمنت على اموالها وكان مقابل التامين يسمح باكتساب اموال جديدة تعوّض ماهلك ، فان الشركة لاتنحل بل تظل قائمة لعدم وجود المبرر القانونى والواقعى لانتهائها .

خامسا : الاتفاق على انهاء الشركة :

تطبيقا للقواعد العامة تنتهى الشركة كذلك باتفاق الشركاء على حلها قبل انقضاء مدتها مالم ينص عقدها على ذلك وقد اكد المشرع حكم القواعد العامة فى هذا الخصوص فى المادة (٥/١٥) من نظام الشركات وإذا اتفقا فى العقد على أن لأغلبية الشركاء ان تقرر انهاء الشركة ، فهذا الاتفاق صحيح عملا بشروط العقد .

سادسا : اجتماع الحصص فى يد شخص واحد :

اذا انحسر عن الشركة ركن التعدد انتهت الشركة بزوال تعدد الشركاء واجتماع الحصص او الاسهم كلها فى يد شخص واحد (مادة ٣/١٥) .

ويجيز قانون الشركات الفرنسى الجديد الصادر فى ٢٤ يوليو ١٩٦٦م فى المادة (٩) منه تصحيح وضع الشركة خلال سنة من تاريخ اجتماع الحصص او الاسهم فى يد شخص واحد ويجوز بعد انقضاء هذه المهلة لكل ذى مصلحة ان يطلب تقرير انحلال الشركة .

وقد ارتأى المشرع الفرنسى وضع هذا الحكم حتى يعطى الشخص الذى اجتمعت فى يده الحصص فرصة يتدبر فيها امره .

سابعا : اندماج الشركة :

وتنقضى الشركة كذلك باندماجها فى شركة اخرى (مادة ٦/١٥) .

وقد تندمج الشركة فى شركة اخرى تبتلعها وهذا مايسمى بالاندماج بطريق الضم او الابتلاع او الامتصاص وقد تندمج شركتان أو اكثر لتنشأ على اجتماعها شركة جديدة وهذا مايعرف بالاندماج بطريق المزج أوالاتحاد (مادة ٢١٤ من النظام) .

وفى حالة الاندماج بطريق الضم او الابتلاع أو الامتصاص تنقضى الشركة المندمجة وتفنى فى شخصية الشركة الدامجة . اما بالنسبة للشركة الدامجة فلا تنشأ الا بزيادة رأس مالها بقدر صافى اصول الشركة المندمجة فيها . اما فى حالة الادماج بطريق المزج والاتحاد فان جميع الشركات المندمجة تنقضى وتنشأ على انقاضها شركة جديدة .

وفى الحالتين السابقتين يجب اجراء تقويم لجميع الشركات المندمجة ويحدد عقد الاندماج طريقته وذلك لتحديد حصة الشركات المندمجة فى رأس مال الشركة الدامجة او الشركة الجديدة الناشئة من الامتزاج (مادة ٢١٤ من النظام) .

ويكون حق تقرير اندماج الشركة مجموع الشركاء الا اذا نص العقد على حق الاغلبية فى اتخاذ هذا القرار . اما فى شركات المساهمة ، فهو من حق الجمعية العمومية غير العادية الا اذا تضمنت عملية الاندماج تعديلا يخرج عن سلطة هذه الجمعية .

ويلزم له اجماع الشركاء . ويجب ان يتم شهر قرار الاندماج بطرق الشهر المقررة لما يطرأ على عقد الشركة المندمجة او نظاميا من تعديلات (مادة ٣/٢١٤) .

والاصل ان جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة تنتقل الى الشركة الدامجة او الى الشركة الجديدة فى حالة الاندماج بطريق المزج وذلك الا اذا تضمن اتفاق الشركاء حكما مغايرا . وتكون الشركة الدامجة عادة اقوى من الشركة المندمجة ومن ثم تنتفى مصلحة دائنى الشركة المندمجة فى الاعتراض على الاندماج الا انه اذا اثبتت العكس فقد كفل نظام الشركات حماية دائنى الشركة المندمجة اذ نص فى المادة (٢١٥) منه على عدم نفاذ الاندماج فى حق الدائنين الا بعد مضى ٩٠ يوما من تاريخ شهره ويكون للدائنين خلال هذه المدة ان يعترضوا على الاندماج بخطاب مسجل الى الشركة . ويترتب على هذا الاعتراض عدم سريان الاندماج فى حقهم ومن ثم يكون لهم ان ينفذوا على موجودات الشركة المندمجة وتكون لهم افضلية . ولكن الاندماج ينفذ فى حق الدائنين رغم اعتراضهم اذا تنازلوا عن هذا الاعتراض او رفض اعتراضهم من قبل هيئة حسم منازعات الشركات التجارية بناء على طلب الشركة وكذلك اذا انتفت مصلحتهم بان قدمت الشركة المندمجة ضمانا كافيا للوفاء بديون الدائنين المعترضين اذا كانت هذه الديون آجلة (مادة ٢١) .

ثامنا : التأميم :

تنقضى الشركة كذلك بتأميمها وتحويلها الى مؤسسة عامة وتنقضى فى هذه الصورة شخصيتها وينشأ عن انقاضها شخص معنوى عام جديد . وقد سبق ولن ذكرنا ان التاميم قد يرد على الاسهم وحدها فلا يستتبع انقضاء الشركة المؤمّمة وفناء شخصيتها المعنوية .

تاسعا : صدور حكم قضائى بحل الشركة :

يجوز حل الشركة قضاء بناء على طلب اى من الشركاء بسبب يرجع الى احدهم كما لو اخل بالتزامه بتقديم حصته وكذلك لو تصرف احد الشركاء

تصرفات تنطوى على اضرار بالشركة كما لو قام باعمال تعد ضارة او منافسة للشركة . وكذلك حين يطلب الغاء العقد لمرض شريك بحصة عمل لتعذر استمرار الشركة كذلك يجوز لاى من الشركاء طلب حل الشركة اذا تعذر التعاون بين الشركاء بحيث تستحيل ادارتها او قيامها بعملها . كما يجوز ان يطلب احد الشركاء حل الشركة لاى سبب تقرر المحكمة خطورته وترى انه يبرر انقضاء الشركة ولو كان لسبب لايتعلق باحد الشركاء او بادارة الشركة ، كما لو وقعت ازمة اقتصادية من المتعذر استمرار نشاطها[1] .

وحق الشريك فى طلب الحل حق شخصى لايجوز لدائن الشريك او دائن الشركة مباشرة هذا الحق ويعتبر حل الشركة قضائيا الغاء لعقد الشركة .

وتقضى المادة (١٥) من النظام بان الشركة تنقضى بصدد قرار بحلها من هيئة حسم منازعات الشركات التجارية بناء على طلب احد ذوى الشأن ويشترط وجود اسباب خطيرة تبرر ذلك . ورغم ان نظام الشركات ينظر الى حل الشركة كسبب عام لانقضاء الشركات : فان تطبيقه العملى يكاد ينحصر فى شركات الاشخاص وحدها .

وعلى ذلك يجيز النظام لاى من ذوى الشأن « « أى من الشركاء » ان يطلب الى القضاء الحكم بحل الشركة اذا قامت اسباب خطيرة تبرر حلها . وقد يرجع بعض هذه الاسباب الى خطأ احد الشركاء كما ذكرنا كاخلاله بالتزاماته أو عدم الوفاء بحصته أو اهمال الشريك المدير غير القابل للعزل أوعدم كفاية الشريك بالعمل أو خطأ جسيم أوغش أو تدليس من جانب اى من الشركاء ، ولايجوز للشريك المخطىء فى هذه الاحوال ان يطلب حل الشركة بل يجوز الرجوع عليه بالتعويض من قبل الباقين ويتحمل التعويض فى امواله الخاصة لا فى اموال الشركة .

---

(١) انظر محمد حسنى عباس المرجع السابق رقم ١١١ .

ويلاحظ ان طالب الحل فى بعض الصور السابقة ـ وبوجه خاص فى حالة عدم تقديم احد الشركاء لحصته ـ لايعدو أن يكون استعمالا لحق كل شريك فى طلب الغاء الشركة لعدم تنفيذ الالتزامات ولايكون لهذا الانحلال اثر الا بالنسبة للمستقبل لأن عقد الشركة عقد زمنى ، لاترجع اسباب الحل الى تصرفات الشركاء او ارادتهم فقد يرجع كما ذكرنا الى المرض الخطير او الاضطراب العقلى الذى يعجز صاحبه عن اداء واجبه اوسوء التفاهم المستحكم بين الشركاء أو وقوع حوادث اقتصادية طارئة غير متوقعة تجعل من العسير على الشركة الاستمرار فى نشاطها ، ويجوز لكل شريك فى هذه الاحوال ان يطلب الحل دون استثناء الشريك الذى يقومَ به سبب الحل . ولامجال فى الحالات السابقة لطلب التعويض اذ لاتقصير فى جانب احد من الشركاء . ويرجع الكثير من طلبات الحل الى الخلاف بين الشركاء وان كان القضاء يتردد كثيرا فى اجابة طلب الحل لهذا السبب الا اذا كان من شأن هذا الخلاف ان يجعل استمرار الشركة فى نشاطها امرا بالغ الصعوبة كما لم يجز القضاء للشريك المسئول عما وصل اليه الحال بين الشركاء من خلاف ان يطلب الغاء العقد وهذا الحكم تطبيق للقواعد العامة .

وللمحكمة الحرية الكاملة فى تقدير كفاية سبب الحل ويعتبر الحكم بحل الشركة حكما منشئا لامقررا لأنه ينهى حياة الشخص المعنوى القائم ولذلك لاتنتهى الشركة الا من يوم ان يصبح الحكم بحلها نهائيا ويعتبر الحق فى طلب حل الشركة استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد وهو تعتبر من النظام العام ولذلك يبطل اى اتفاق على حرمان الشركاء منه سواء ورد هذا الاتفاق فى عقد الشركة او فى عقد لاحق له .

ويجيز القانون المصرى لبعض الشركاء طلب فصل الشريك الذى تعدّ تصرّفاته مسوّغة لطلب حل الشركة (م٥٣١ مدنى) .

المبحث الثاني : أسباب الانقضاء المبنية على الاعتبار الشخصي

تنقضي شركات الاشخاص باسباب الانقضاء العامة سالفة الذكر، كما تنقضي كذلك باسباب خاصة بها تقوم على الاعتبار الشخصي . من حيث شخصية الشريك وملاءمته ومن حيث ضرورة قيام التفاهم المتبادل بين الشركاء فيها . وقد نص نظام الشركات على هذه الاسباب بصدد ابرز شركات الاشخاص وهي شركة التضامن (مادة ٣٥) ولكنها عامة الانطباق على جميع شركات الاشخاص .

أولا ـ موت أحد الشركاء :

أبرز هذه الأسباب موت أحد الشركاء لأن الشركاء انما تعاقدوا بالنظر الى صفات الشريك الشخصية لا لصفات الورثة . ولكن هذا الحكم ليس في الواقع الا تفسيرا لارادة الشركاء ، ومن ثم يجوز الاتفاق على استبعاده ابقاء على الشركة . .

واذا كان هذا هو الأصل في القانون السعودي ، فان الأصل في بعض القوانين الأخرى كالقانون اللبناني هو استمرار شركة الاشخاص اذا توفى أحد الشركاء ما لم يتم الاتفاق على العكس . ويجيز القانون السعودي اتفاق الشركاء على استمرار شركة الاشخاص في حالة وفاة احدهم في الصور الآتية :

١ ـ **الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى** : وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا « كما اذا تبين ان الشركاء لم يتعاقدوا مطلقا بالنظر الى صفات الشريك من حيث ان العقد يسمح لكل منهم بالتنازل عن حصته واحلال المتنازل له محله في الشركة . وسواء أكان الاتفاق صريحا أم ضمنيا فانه لا يلزم ان يصدر اذن خاص باستمرار الورثة في الشركة حتى ولو كانوا قصرا (مادة ٣٥) .

وعلى اية حال فمن الضرورى ان يكون الاتفاق على استمرار الشركة قد تم بين الشركاء الاصليين فى عقد الشركة وقبل الوفاة ، أما الاتفاق بعد الوفاة على استمرار الشركة بين ورثة الشريك المتوفى من جهة والشركاء الاحياء من جهة أخرى ، فانه لا يمنع من انقضاء الشركة ويقيم الاتفاق الجديد فى هذه الحالة شركة جديدة[1] .

٢ ـ الاتفاق على ان تستمر الشركة مع بعض ورثة الشريك المتوفى :

يتم الاتفاق على ان تستمر الشركة مع بعض ورثة الشريك المتوفى كابنه الأكبر أو التاجر أو زوجته ، وليس فى النظام حكم لهذا الشرط . ولا يعتبر هذا الشرط من قبيل الوصية الصادرة الى بعض الورثة بحصة الشريك المتوفى لأن الوصية يجوز الرجوع فيها بينما يعتبر هذا الشرط جزأ من عقد الشركة لا يعدل الا باتفاق الشركاء . ويميل الفقه الى القول بصحة هذا الشرط قياسا على تصحيح القانون للشرط الذى يقضى باستمرار الشركة مع جميع ورثة الشريك المتوفى[2] .

٣ ـ الاتفاق على ان تستمر الشركة فيما بين بقية الشركاء الذين يبقون على قيد الحياة :

ولا يكون لورثة الشريك المتوفى فى الحالة المماثلة الا نصيب فى أموال الشركة ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الوفاة ويدفع لهم نقدا . ولا يكون لهم نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق الا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على الوفاة (مادة ٣٥) وتأسيسا على ما تقدم يتحدد نصيب

---

(١) نقض مصرى مدنى ٢٣ فبراير ١٩٦٧ م المجموعه السنة ١٨ ص ٧٢ .

(٢) على يونس فقرة ١١٠ ومصطفى طه فقرة ٢٦١ وإنظر فيما قام من خلاف فى القانون الفرنسى هامل ولاجارد ٤٨١ .

الورثة بقيمة حصة الشريك المتوفى يوم الوفاة ولا يشاركون فى الارباح اللاحقة الا اذا كانت ناتجة عن عمليات سابقة على الوفاة . وتنطبق القاعدة السابقة بشأن الخسائر اللاحقة على الوفاة ، الا انه لما كان تقدير حصة الشريك المتوفى يتطلب مصاريف باهظة . فان القانون ينص على تقدير الحصة بحسب آخر جرد عمل قبل الوفاة ما لم يتضمن عقد الشركة طريقة أخرى للتقدير ، وقد ينص العقد على ان يتم الوفاء بقيمة حصة الشريك المتوفى الى ورثته على اقساط حتى لايترتب على الوفاء بحقوقهم دفعة واحدة الاضرار بنشاط الشركة .

ثانيا ـ الحجر على احد الشركاء أو إشهار افلاسه أو اعساره :

تنقضى الشركة كذلك بالحجر على أحد الشركاء أو اعساره او افلاسه (مادة ٣٥) .

وقد نص النظام على هذا الاثر أى كان سببه الحجر وبديهى انه لا يحل القيم على الشريك المحجور عليه أو مأمور تفليسته محله فى الشركة المنتهية بسبب الحجز أو الاعسار أو الافلاس وهذا الحكم تطبيق للقواعد العامة . وفى كثير من الاحوال يتفق الشركاء على إستمرار الشركة فيما بين بقية الشركاء . وفى هذه الحالة تسرى الاحكام السابقة التى تترتب عند الوفاة وتحدد قيمة حصة الشريك الذى حجر عليه أو أعسر أو أفلس فى يوم الحجر أو الاعسار أو الافلاس .

ثالثا ـ انسحاب أحد الشركاء من الشركة غير محددة المدة :

يلزم الشريك فى الشركات المحددة المدة بعدم الانسحاب اصلا الا عند انتهاء مدة الشركة ، أما الشركات غير المحددة المدة فقد بقيت المادة (٣٥) من النظام على حق كل شريك فى ان ينسحب من الشركة اذا كانت غير معيّنة المدة وذلك بمجرد ارادته المنفردة لانه لا يجوز لشخص ان يرتبط بالتزام يقيد حريته الى اجل غير محدد لتنافى ذلك مع الحرية الشخصية التى هى من النظام

العام ومن ثم فلا يجوز الاتفاق فى العقد على حرمان الشريك فى هذا النوع من الشركات من هذا الحق .

ولا يكون إنسحاباً صحيحا فى هذه الأحوال إلا اذا توافرت عدة شروط يقتضيها تطبيق القواعد العامة .

١ ـ يجب ان تكون الشركة غير معينة المدة : وتعتبر الشركة غير معينة أو محددة المدة اذا اتفق على انها تكونت لمدة تستغرق حياة الشركاء او حددت لها مدة تستغرق عمر الانسان العادى وكذلك اذا تألفت لاستغلال احد المناجم دون تحديد مدة لها ، او اذا تألفت لاقامة مشروع يتجاوز المدة اللازمة لاقامته عمر الانسان العادى .

٢ ـ ويجب ان يكون الشريك محروما من حق التنازل عن حصته فى الشركة بلا قيد أو شرط :

اذا ثبت ان الشريك لا يتمتع بحق التنازل عن حصته فى الشركة بغير قيد ولا شرط ثبت له الحق فى الانسحاب ، أما اذا كان له الحق فى التنازل عن حصته بغير قيود فليس عليه من سبيل اذا اراد الخروج من الشركة الا ان يتنازل عن حصته الى الغير ولا حاجة له الى الانسحاب الذى ينهى حياة الشركة .

٣ ـ يجب ان يتم الانسحاب بحسن نية : لا يكون الانسحاب صحيحا اذا لم يتم بحسن نيّة كما اذا وقع عن غش وللقاضى ان يقدر قيام حسن النية ومن امثلة الانسحاب بسوء النية ما اذا كان الشريك لا يستهدف من انسحابه سوى الانفراد بارباح الشركة وبعد ان يحصل على نصيبه واذ يستشعر ان المرحلة التالية من حياة الشركة ستحقق خسارة او ينخفض فيها معدل الربح يتجه الى الانسحاب ففى هذه الحالة يرد قصده عليه بسوء نيته وعلى اية حال فإنّه يفترض حسن نية الشريك وعلى من يدعى العكس اقامة الدليل .

٤ ـ يجب ان يتم الانسحاب فى وقت مناسب : يرتبط تحديد الوقت المناسب بالظروف التى تدخل فى تقدير القاضى ومن امثلة الانسحاب فى وقت

غير مناسب الانسحاب اثناء ازمة اقتصادية او فى الفترة الاولى لحياة الشركة وقبل ان تحقق ارباحا .

٥ - **يجب ان يخطر الشريك الذى يرغب فى الانسحاب باقى الشركاء قبل انسحابه الفعلى** : ولم يتضمن النظام اجراءات او شكلاً أو مدة معينة لهذا الاخطار والأمر فى هذا الخصوص متروك الى تقدير القاضى يقدره حسب ظروف الحال .

واذا توافرت الشروط السابقة يتم الانسحاب صحيحا وادى الى انقضاء الشركة لقيامها على الاعتبار الشخصى وعلى اية حال يجوز ان يتفق الشركاء فى العقد على استمرار الشركة بعد انسحاب احد الشركاء بين باقى الشركاء . وفى حالة تخلف احد الشروط السابقة ، فان الانسحاب لا يتم صحيحا ولا يترتب عليه انقضاء الشركة ، ويترتب على تطبيق هذه القاعدة صعوبات عملية خطيرة إذا أثير خلاف حول صحة الانسحاب لتخلف شرط حسن نية الشريك المنسحب أو اذا تم الانسحاب فى وقت مناسب فى نظر بعض الشركاء .

المبحث الثالث : تصفية الشركة وتقسيم أموالها

اذا تحقق سبب من اسباب انقضاء الشركة دخلت فورا فى مرحلة التصفية واستتبع ذلك اتمام اجراءات التصفية وفقا لاحكام النظام وقسمة اموالها بين الشركاء وفقا لما تضمنه العقد أو وفقا لاحكام النظام .

وقد عرض النظام الى تصفية الشركة فى المواد من (٢١٦) الى (٢٣٦) منه . وتصفية الشركة هى العملية القانونية التى تبدأ بعد انقضاء الشركة واذا كان الانقضاء يعدم الوجود القانونى للشركة فانه لا يقضى على شخصيتها القانونية التى تظل قائمة حتى تتم عملية التصفية ويتم تقسيم اموال الشركة بين الشركاء .

وعلى هذا يمكن تعريف التصفية بانها مجموعة الاعمال التى ترمى الى انهاء

العمليات الجارية للشركة واستيفاء حقوقها وتحويل مفردات اصولها الى نقود وسداد ديونها .

وتكون كتلة ايجابية صافية من الاموال يتسنى مع وجودها اجراء القسمة فيما بين الشركاء . ويعتبر الفقه الحديث التصفية عملية ضرورية ناتجة عن انقضاء الشركة ويرى انها تهدف اساسا الى تمكين دائنى الشركة من الحصول على حقوقهم فهى لازمة وضرورية ما دامت على الشركة المنتهية ديون قبل الغير وروابط قائمة معهم فضلا عن ان التصفية لا تتم الا بانقضاء هذه الروابط جميعا وتقسيم اموال الشركة . ويتفق هذا النظر والمفهوم للتصفية مع طبيعة الشركة كشخص معنوى مستقل . وقد اخذ به نظام الشركات السعودى اذ تنص المادة (٢١٦) منه على ان الشركة تدخل بمجرد انقضائها فى دور التصفية . والاصل ان تتم عملية التصفية وفقا لشروط الشركاء وطبقا لما يتفقون عليه فى عقد الشركة ، فاذا لم يتضمن العقد احكاما بهذا الخصوص انطبقت احكام النظام (مادة ١٥) .

المطلب الأول

استمرار الشخصية المعنوية للشركة فى فترة التصفية

تظل للشركة شخصيتها المعنوية المستقلة اثناء فترة التصفية اذ تتطلب التصفية القيام ببعض المعاملات من جانب الشركة وهو ما يحتم تمتعها بالشخصية بالاضافة الى ان بقاء شخصية الشركة يضمن الحقوق المكتسبة لدائنيها الذين تعاملوا مع شخص معنوى له ذمته المستقلة عن ذمم الشركاء ومن ثم فمن مصلحتهم بقاؤه حتى يسدد ديونه . ويترتب على بقاء الشخصية ان يبقى للشركة موطنها القانونى فى المركز الرئيسى ، ويصبح المصفى ممثلا قانونيا للشركة ينوب عنها فى التقاضى ويطالب بحقوقها واذا توقفت الشركة عن دفع ديونها التجارية اثناء التصفية ، جاز لدائنيها ان يطلبوا شهر افلاسها ، وهذه إحدى النتائج الهامة التى يترتب على استمرار الشخصية القانونية لها منذ تحقيق

سبب الانقضاء الى انهاء جميع عمليات التصفية .

والواقع ان بقاء الشخصية المعنوية للشركة ضرورة تقدر بقدرها ومن ثم يقتصر اثر استمرار الشخصية المعنوية على ما كان لازما من الاعمال لاتمام التصفية وتسهيلها (مادة ٢١٦) وعلى ذلك لا يكون للمصفى الا ان يسير بالاعمال القائمة الى نهايتها وليس له ان يبدأ اعمالا جديدة لحساب الشركة إلاّ أن تكون هذه الاعمال لازمة لاتمام اعمال سابقة (مادة ٢/٢٢٠) . كذلك يترتب على ربط استمرار شخصيته المعنويّة للشركة فى فترة التصفية باعمال التصفية ان قيام سبب انقضاء الشركة ينهى مهمة مديريها ويتحول هؤلاء المدير ون الى مصفين ان لم يكن هناك مصفون (مادة ٢١٧) كذلك تنتهى بتحقيق سبب الانقضاء مهمة مجلس الادارة ومراقبى الحسابات فى شركات المساهمة وتبقى الجمعية العمومية لتراقب سير التصفية كما تبقى سائر اجهزة الشركة قائمة باختصاصاتها فيما لا يتعارض واختصاصات المصفين (مادة ٢٢٤) .

المطلب الثاني

كيفية تعيين المصفى

الأصل ان يتضمن عقد الشركة القواعد الخاصة بتعيين المصفى ، وقد يتولى تحديده تحديدا شخصيا فاذا لم ينظم عقد الشركة طريقة تعيين المصفى ولم يبين من يملك تعيينه ، كان لجميع الشركاء ان يقوموا بالتصفية او قام بها مصف واحد او اكثر يعينهم الشركاء او الجمعية العمومية ان وجدت . واذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفى ، تولى القاضى تعيينه بناء على طلب احدهم اما اذا قررت هيئة حسم منازعات الشركات التجارية ببطلان الشركة او حلها فان هذه الهيئة تعين المصفين وتحدد سلطاتهم ومكافآتهم (مادة ٢/٢١٨) .

وتتولى هيئة حسم المنازعات تعيين المصفى فى حالة بطلان الشركة ولو كان منصوصا فى عقد الشركة على طريقة تعيينه او كان معينا فعلا لان هذا هو الاثر

الذى يرتبّه بطلان العقد كذلك لا تسرى احكام العقد الخاصة بطريقة التصفية فى هذه الحالة بل تحدد الهيئة هذه الاجراءات وطريقة التصفية .

واذا تراخى تعيين المصفى عند بداية مرحلة التصفية اعتبر المديرون بالنسبة الى الغير فى حكم المصفين (مادة ٢١٧) ليكون هناك دائم يمثل الشركة ويدافع عن مصالحها فى مواجهة الغير فى تلك الفترة الحرجة والاخيرة من حياتها .

والقاعدة العامة ان من عين المصفى هو الذى يملك عزله[١] واستثناء من هذا المبدأ يجوز ان يطلب احد الشركاء من القضاء عزل المصفى المعين بالاتفاق اذا قامت اسباب مشروعة وجدّية تقضى ذلك .

المطلب الثالث

صلاحيات المصفى

يمارس المصفى صلاحياته كوكيل عن الشركاء ولذلك تحدد سلطاته بما يتضمنّه قرار تعيينه فضلا عن طبيعة عملية التصفية ذاتها .

وتتحدد سلطات المصفى اولا بالقرار الصادر بتعينه من جانب الشركاء او القضاء اذ تعتبر احكام هذا القرار اساسا وسندا لاعماله فى مواجهة الغير ان يستوثقوا من سلطات المصفى قبل التعامل معه ، فاذا تضمن عقد الشركة او حكم القضاء احكاما خاصة بكيفية اجراء التصفية ومدتها التزم المصفى بالعمل بهذه الاحكام (المادة ١٥) .

وتتحدد صلاحيات المصفى كذلك بطبيعة الوكالة الصادرة اليه وبطبيعة عملية التصفية . ويذهب الاتجاه السائد الى ان سلطات المصفى وصلاحياته تتحدد لا بالنظر الى طبيعة التصرفات بل بالنظر الى الغاية منها بحيث يكون للمصفى حق ابرام جميع التصرفات اللازمة لاتمام الوفاء بديون الشركة وتحويل

---

(١) ينص القانون الفرنسى صراحة على هذه القاعدة

موجوداتها الى نقود . وقد اخذ نظام الشركات السعودى بهذا الاتجاه الذى يوسع من سلطات المصفى وينبغى عليها المرونة الضرورية اذ تجيز له المادة (٢٢٠) صلاحيات واسعة لتحويل موجودات الشركة الى نقود بما فى ذلك بيع المنقولات والعقارات بالمزاد العلنى او بالممارسة فى حدود ما تضمنه امر تعيينه . ويكون للمصفى وفقا للرأى الراجح كذلك الحق فى التصالح بشأن حقوق الشركة المتنازع عليها واللجوء الى التحكيم والتقاضى فيها[1] .

ولا يجوز للمصفى ان يبيع موجودات الشركة بيعا جزافيّاً ولا ان يقدم الموجودات كحصة فى شركة اخرى دون موافقة الشركاء (مادة ٢٢٠) .

كما لا يجوز له ان يبدأ اعمالا جديدة للشركة الا ان تكون لازمة لاتمام اعمال سابقة ، والاعمال الجديدة الجائزة هى تلك التى تقتضيها ضرورة تنفيذ ارتباطات سابقة كانت ترتبط بها الشركة المصفاة ، كما إذا اقتضى تنفيذ عقد سابق شراء منقولات او اقتراض مبلغ من نقود او غير ذلك من التصرفات ومع ذلك فكثيرا ما ينص فى قرار انهاء الشركة على الاستمرار فى اعمال الشركة خلال فترة معينة من بداية التصفية على ان تنتهى هذه الاعمال فى تاريخ محدد . ويلتزم المصفى بالقيام بكافة الاجراءات التحفيظية التى تضمن الاحتفاظ بموجودات الشركة كما يلتزم بتحصيل حقوق الشركة قبل الغير .

ومن التزامات المصفى كذلك سداد ديون الشركة (مادة ٢٢٢) ونظرا لان النظام لم يحدد اجراءات عامة تعينه لسداد الديون فانه يجوز ان يفى للدائنين بترتيب تقدمهم طبقا للقواعد العامة ما لم ينص امر تعيينه على قواعد خاصة لتحقيق المساواة بين الدائنين ويقوم المصفى بتجنيب المبالغ اللازمة لسداد الديون الآجلة أو المتنازع عليها وتكون للديون الناشئة عن عملية التصفية ذاتها اولوية على الديون الاخرى وفقا لاحكام النظام (مادة ٢٢٢)

ومن الالتزامات الاساسية التى تقع على عاتق المصفى ان يشهر قرار تعيينه

---

(١) هذا ما يأخذ به كذلك القضاء الفرنسى .

بطرق شهر عقد الشركة قبل بدء عمله (مادة ٢٢١) وان يجرى خلال ثلاثة شهور من بدء العمل جرداً لكافة اصول الشركة وخصومها ، فضلا عن ميزانية سنوية وحساب ارباح وخسائر وتقرير سنوىّ عن اعمال التصفية فضلا عن حساب ختامى عند انتهاء التصفية (٢٢٣) . ولا تنتهى التزامات المصفى الا بانتهاء عملية التصفية ما لم يتم عزله وتعيين بديل .

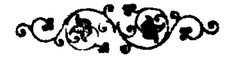
المطلب الرابع

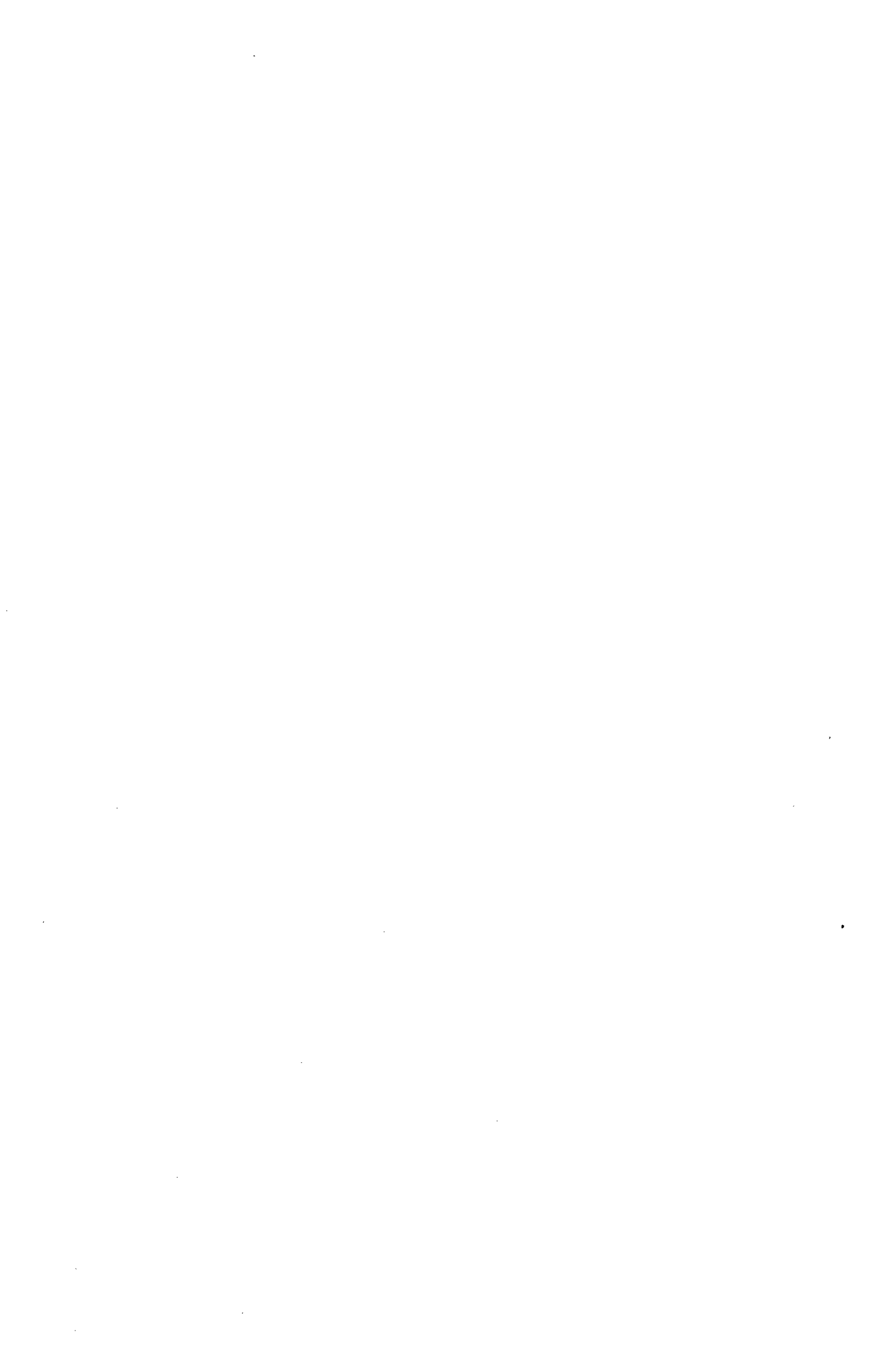
إنتهاء عملية التصفية وقسمة موجودات الشركة

تنتهى التصفية باعتماد الشركاء أو الجمعية العمومية لحساب المصفى الختامى (مادة ٣/٢٢٣) ويجب ان يشهر المصفون انتهاء التصفية بالطرق المقررة لشهر الشركة وحسما للمنازعات ودعما لاستقرار المراكز القانونية انشأ النظام تقادما قصيرا لمصلحة المصفين مدته ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ شهر انتهاء التصفية فلا يجوز بعد مضى هذه المدة أن تسمع الدعوى ضد المصفين بسبب اعمال التصفية (مادة ٢٢٦) ويسرى هذا التقادم على الدعوى المرفوعة على المصفين سواء من الشركاء أو من الغير اذ لم يفرق النظام فى شأن التقادم بين هذين النوعين من الدعاوى . وعندما تتحول موجودات الشركة الى نقود سائلة ويتم الوفاء بالديون تبدأ اجراءات القسمة بين الشركاء . ويحصل الشريك على قيمة الحصة كما هى مبينة فى العقد اذا كانت الحصة نقدية أو عينية . كما يحصل على ما يساوى قيمة هذه الحصة وقت تسليمها اذا لم تبين قيمتها فى العقد . اما الشريك بالعمل ، فانه لا يسترد شيئا من رأس المال وان كان يسترد حريته فى توجيه نشاطه لاعمال اخرى وينتهى التزامه تجاه الشركة .

واذا تحقق فائض بعد استرداد الحصص وجبت قسمته بين الشركاء وفقا لنصوص عقد الشركة أو بنسبة حصصهم فى رأس المال اذا لم يتضمن العقد نصوصا فى هذا الشأن وذلك وفقا للقواعد العامة ..

وفى الحالات التى لا يكفى فيها صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء توزع الخسارة عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر (مادة ٣/٢٢٢) . فاذا انتهت عمليات التصفية والقسمة انتهت العلاقات التى قامت بسبب إنشاء عقد الشركة وتنفى المادة (٢٢٦) من النظام الدعاوى ضد الشركاء بسبب اعمال الشركة او ضد المديرين أو اعضاء مجلس الادارة أو مراقبى الحسابات بسبب اعمال وظائفهم فى الشركة التى تمت تصفيتها . وقد اقام المشرع السعودى بمقتضى هذا النص حكما عاما ينطبق على الشركات بجميع انواعها وهو التقادم الثلاثى للدعاوى الناشئة عن اعمال الشركة سواء كانت مرفوعة على الشركاء أو على مديرى الشركة أو موظفيها تحقيقا لاستقرار المعاملات . ويحمى هذا التقادم القصير الشركاء والمديرين من رجوع الغير عليهم بسبب اعمال الشركة بعد فترة التقادم وقد قدر المشرع انه يجب ان يدرأ الشركاء والمديرون المطالبات التى تتفق ومقتضيات التجارة والتى قدرها المشرع بثلاث سنين اذ ان الوضع الطبيعى للامور الا يتاخر اصحاب الحقوق عن هذه الفترة خاصة وان المشرّع يلزم شهر الاجراءات ليكون الغير على علم بها .





الباب الخامس

أنواع الشركات وفقا للنظام السعودي

سبق ان ذكرنا ان المشرع السعودى قد حدد الشركات التى يجوز للاشخاص اقامتها وهى اما شركات اشخاص أو شركات اموال او شركات مختلطة ..

وسنعرض فيما يلى لانواع الشركات الواردة فى النظام :

الفصل الأول

شركات التضامن

المبحث الأول : تعريف شركة التضامن

شركة التضامن هى الشركة التى تتكون من شريكين أو أكثر مسئولين بالتضامن فى جميع اموالهم عن ديون الشركة . (مادة ١٦) .

ويطابق هذا التعريف عناصر شركة التضامن فى كثير من تشريعات العالم الحديثة [١]

١ ـ يطابق هذا التعريف تعريف شركة التضامن فى القانون الفرنسى وفى مظم تشريعات الدول العربية وعلى وجه الخصوص القانون المصرى انظر المادة (٢٠) و (٢٢) من القانون التجارى المصرى ..

المبحث الثاني : خصائص شركة التضامن

ولشركة التضامن خصائص مميزة هى ان جميع الشركاء فيهـا مسئولـون مسئولية مطلقة عن التزامات الشركة فى جميع اموالهم ، وان حصة الشريك فيها غير قابلة للتداول وان للشركة عنوانا يتـكون من اسماء الشركاء وان جميـع الشركاء فيها يكتسبون صفة التاجر على نحو ما سبق ان اشرنا اليه .

وقد نص النظام على انه لا يجوز ان تكون حصص الشركاء ممثلة فى صكوك قابلة للتداول . كما لا يجوز للشريك ان يتنازل عن حصته الا بموافقة جميع الشركاء أو بمراعاة الشروط الواردة فى عقد الشركة . وفى هذه الحالـة يشهـر التنازل بالطرق المنصوص عليها فى المادة (٢١) من النظام ، وقد نص النظام على بطلان (مادة ١٨) كل اتفاق على جواز التنازل عن الحصص دون قيد .

ويميز شركة التضامن عن غيرها من الشركات اسمها وعنوانها ويتكون اسم شركة التضامن وفقا لاحكام المادة (١٧) فى النظام من اسم شريك واحد أو أكثر مقرونا بما ينبىء عن وجود شركة ويكون اسم الشركة مطابقاً للحقيقة فاذا اشتمل على اسم شخص اجنبى عن الشركة ويكون مع علمه بذلك كان هذا الشخص مسؤولا بالتضامن عن ديون الشركة ..

المبحث الثالث : تكوين شركة التضامن

وتخضع شركة التضامن فى تكوينها للاحكام العامة التى سبق ان عرضنا لدراستها ويجب ان تتوافر لهـا الاركان العامـة لعقـد الشركة وكذلك الاركان الخاصة .

وعند انشاء عقد الشركة يجب على مديرى الشركة خلال ثلاثين يوما من تأسيسها ان ينشروا ملخصا من عقدها فى جريدة يومية توزع فى المركز الرئيسى

للشركة وان يطلبوا فى الميعاد المذكور قيد الشركة فى سجل الشركات بمصلحة الشركات وعليهم فضلا على ذلك قيد الشركة فى السجل التجارى وفقا لاحكام نظام السجل التجارى ويشهر بنفس الطرق السابقة كل تعديل يطـرأ على بيانات الملخص المشار اليه (مادة ٢١) .

ويجب ان يشتمل ملخص عقد الشركة بصفة خاصة على بيانات معينة وفقا للمادة (٢٢) هى :

١ ـ اسم الشركة وغرضها ومركزها الرئيسى وفروعها ان وجدت .

٢ ـ اسماء الشركاء ومحال اقامتهم ومهنهم وجنسياتهم .

٣ ـ رأس مال الشركة وتعريف كاف بالحصة التـى تعهـد كل شريـك بتقديمها .

٤ ـ اسماء المديرين ومن لهم حق التوقيع نيابة عن الشركة .

٥ ـ تاريخ تأسيس الشركة ومدتها .

٦ ـ بدء السنة المالية وإنتهاؤها ..

المبحث الرابع : إدارة شركة التضامن

اذا لم يحدد الشركاء فى عقد الشركة كيفية ادارتها فان كل شريك يعتبر مفوضا من باقى الشركاء فى ادارة الشركة ويكون له ان يباشر اعمال الشركة دون الرجوع الى غيره من الشركاء على ان يكون لاى من الشركاء الاعتراض على أى عمل قبل القيام به ولاغلبية الشركاء ان ترفض الاعتراض . (انظر المواد ٢٤ ، ٢٥ و ٢٨ من النظام) .

والوضع الغالب ان يعين الشركاء مديرا يتفقون عليه فى العقد أو بعد ابرامه كما يجوز ان يتفقوا على اكثر من مدير واحد . وفى هذه الحالة لا يجوز للشريك غير المدير ان يتدخل فى ادارة الشركة ولكن يجوز للشريك ان يطلع بنفسه فى مركز الشركة على سير اعمالها وان يفحص دفاترها ومستنداتها وان يستخـرج

بنفسه بيانا موجزا عن حالة الشركة المالية من واقع دفاترها ومستنداتها وان يوجه النصح لمديرها وكل اتفاق على خلاف ذلك يعتبر باطلا (مادة ٢٤) . وللمدير ان يباشر جميع اعمال الادارة العادية التى تدخل فى غرض الشركة ما لم ينص عقد الشركة على تقييد سلطته فى هذا الخصوص . وله ان يتصالح على حقوق الشركة او ان يطلب التحكيم اذا كان فى ذلك مصلحة الشركة . وتلتزم الشركة بكل عمل يجريه المدير باسمها فى حدود سلطته ولو استعمل المدير توقيع الشركة لحسابه الا اذا كان من تعاقد معه سىء النية (مادة ٢٩) وهناك اعمال حظر النظام على المدير او المديرين القيام بها الا بموافقة الشركاء او تطبيقا لنص صريح فى العقد ، ويسرى هذا الحظر بصفة خاصة على ما ياتى :-

١ - التبرعات ما عدا التبرعات الصغيرة المعتادة .

٢ - بيع عقارات الشركة الا اذا كان هذا البيع مما يدخل فى غرض الشركة .

٣ - رهن عقارات الشركة ولو كان مصرحا له فى عقد الشركة ببيع العقارات .

٤ - بيع متجر الشركة أو رهنه . (انظر المادة ٣٠) .

كذلك لا يجوز للمدير ان يتعاقد لحسابه الخاص مع الشركة ألا باذن خاص من الشركاء يصدر فى كل حالة على حدة .

ولا يجوز له ان يمارس نشاطا من نوع نشاط الشركة الا بموافقة جميع الشركاء (انظر المادة ٣١) .

الفصل الثانى

شركة التوصية البسيطة

المبحث الأول: تعريف شركة التوصية البسيطة وتكوينها

تتكون شركة التوصية البسيطة من فريقين من الشركاء فريق يضم على

الاقل شريكا متضامنا مسئولا فى جميع امواله عن ديون الشركة وفريق اخر يضم على الاقل شريكا موصيا مسئولا عن ديون الشركة بقدر حصته فى رأس المال (مادة ٣٦) . وعلى ذلك يمكن تعريف شركة التوصية البسيطة بانها شركة اشخاص تتكون تحت عنوان واسم معين بين شريك أو أكثر مسئولين بالتضامن عن جميع التزاماتها فى اموالهم الخاصة ويديرون الشركة وبين شريك او أكثر موصين يسألون عن التزاماتها فى حدود ما يقدّمونه من حصص وتقوم شركة التوصية على الاعتبار الشخصى . ويجب لقيام شركة التوصية البسيطة ان تتوافر لها الاركان العامة والخاصة التى سبق ان عرضنا لدراستها ..

المبحث الثاني : خصائص شركة التوصية البسيطة

ولشركة التوصية خصائص معينة ، اولها انها تضم نوعين من الشركاء تختلف طبيعة التزاماتهم عن ديون الشركة فالشريك أو الشركاء المتضامنون مسئولون عنها بالتضامن فى اموالهم الخاصة اما الشريك او الشركاء الموصون فلا يسألون عن هذه الالتزامات الا بمقدار ما يقدمون من حصص كذلك فان عنوان شركة التوصية لا يشتمل الا على الشركاء المتضامنين ويكتسب الشريك المتضامن صفة التاجر ونظرا لان الشركة تقوم على الاعتبار الشخصى فلا يجوز للشريك فيها سواء كان متضامنا أو موصيا التنازل عن حصته لاجنبى عن الشركة الا برضاء جميع الشركاء .. ويتكون اسم وعنوان شركة التوصية البسيطة من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين مقرونا بما ينبىء عن وجود شركة ولا يجوز ان يتكون من اسم احد الشركاء الموصين فاذا اشتمل اسم الشركة على اسم شريك موصى مع علمه بذلك اعتبر فى مواجهة الغير شريكا متضامنا (مادة ٣٧) .

المبحث الثالث : إدارة شركة التوصية البسيطة

تسرى على ادارة شركة التوصية البسيطة بوجه عام الاحكام التى سبق ان

ذكرناها بالنسبة لادارة شركة التضامن . ولا يجوز للشريك الموصى التدخل فى اعمال الادارة الخارجية ولو بناء على توكيل وانما يجوز له الاشتراك فى اعمال الادارة الداخلية فى الحدود التى ينص عليها عقد الشركة ولا يرتب هذا الاشتراك اى التزام فى ذمته .

واذا خالف الشريك الحظر المشار اليه كان مسئولا بالتضامن فى جميع امواله عن الديون التى تترتب على ما اجراه من اعمال الادارة . واذا كانت الاعمال التى قام بها الشريك الموصى من شأنها ان تدعو الغير الى الاعتقاد بانه غير شريك متضامن اعتبر الشريك الموصى مسئولا بالتضامن فى جميع امواله عن ديون الشركة (مادة ٣٨) .

وإذا تعدد الشركاء المتضامنون فى شركة التوصية البسيطة اعتبرت الشركة بالنسبة لهم شركة تضامن . (٣٩) ـ وتسرى على شركة التوصية البسيطة بوجه عام احكام شركات التضامن فيما لا يتنافى مع خصائصها الاساسية . وقد نص النظام صراحة فى المادة (٣٩) على سريان احكام شركات التضامن على الشركات المذكورة الاحكام الاتية : ـ

١ ـ الاحكام المتعلقة بشكل الحصة وبالتنازل عنها .

٢ ـ احكام الشهر ولكن لا يلزم ان يشتمل ملخص شركة التوصية البسيطة على اسماء الشركاء الموصين وانما يجب ان يشتمل على تعريف كاف بالحصص التى تعهدوا بها وعلى بيان قيمتها .

٣ ـ الاحكام المنظمة لعلاقات الشركاء والمنصوص عليها فى المواد (٤٣ و ٣٤ و ٢٥ و ٢٦) .

٤ ـ الاحكام المتعلقة بادارة الشركة والمنصوص عليها فى المواد من (٢٧ الى ٣٤) .

٥ ـ الاحكام المتعلقة باسباب الانقضاء والمنصوص عليها فى المادة (٣٥) .

الفصل الثالث

شركة المحاصة [1]

المبحث الأول : تعريف شركة المحاصة وتكوينها

شركة المحاصة شركة تجارية يتم ابرامها بين شخصين أو أكثر على أن تكون الشركة قاصرة على العلاقة بين الشركاء ، فلاتسرى فى حق الغير .

والشركة المحاصة هى الشركة التى تستتر على الغير ولاتتمتع بشخصية اعتبارية ولاتخضع لاجراءات الشهر (مادة ٤٠) . وشركة المحاصة ليس لها كيان قانونى بالنسبة الى الغير وعلى ذلك نص النظام على انها شركة مستترة ليس لها شخصية معنوية وهى تنعقد بين شخصين او اكثر يقدم كل منهم حصة من مال او عمل بقصد اقتسام الارباح والخسائر ويقوم باعمالها احد الشركاء وليس لها راس مال ولاعنوان أو اسم .

وتظهر شركة المحاصة فى صور كثيرة كشراء المحصولات الموسمية وبيعها والمضاربة على السلع التى يتوقع ارتفاع مفاجىء فى اسعارها وتربية الماشية وبيعها وشراء صفقات منقولات او بضائع وتقسم حصيلة البيع بين الشركاء وتتكون شركات المحاصة غالبا للقيام بعمليات مؤقتة ولفترة قصيرة ولكن ذلك لايحدث دائما .

المبحث الثاني : خصائص شركة المحاصة

ابرز ماتتميز به شركة المحاصة انها شركة خفية مستترة ليس لها وجود ظاهر

(١) كانت هذه الشركات تسمى الشركات المؤقته أو الشركات المجهولة لأنها تنعقد فى الغالب لمدة مؤقته ولأنها مستترة عن الغير .

بالنسبة الى الغير ، ووجودها مقتصر على الشركاء فيها وفيما عدا هذا فهى شركة من شركات الاشخاص لها خصائص هذه الشركات بوجه عام .

ويبقى كل شريك مالكا للحصة التى تعهد بتقديمها مالم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك (مادة ٤٢) . ويحدد عقد شركة المحاصة غرضها وحقوق والتزامات الشركاء وكيفية توزيع الارباح والخسائر بينهم (مادة ٤٣) .

ويجوز اثبات شركة المحاصة بجميع الطرق بما فى ذلك البيّنة (مادة ٤٥) وليس للغير حق الرجوع الا على الشريك الذى تعامل معه ، واذا صدر من الشركاء عمل يكشف للغير عن وجود الشركة جاز اعتبارها بالنسبة اليه شركة تضامن واقعية (٤٦) .

المبحث الثالث : إدارة شركة المحاصة

قد يتفق الشركاء على ان يدير شركة المحاصة احدهم ولكن هذا المدير ليس ممثلا قانونيا للشركة وانما يتعامل مع الغير باسمه الخاص فيكون وحده الدائن والمدين فى مواجهة الغير ويشترط فى المدير توفر اهلية القيام بالاعمال التجارية لانه يتعامل كما لو كان تاجرا وله القيام باعمال الادارة والتصرفات التى تدخل فى الغرض الذى من اجله تكونت الشركة . . ويخضع عزل المدير للاحكام العامة فى عزل مدير شركة الاشخاص مالم يتفق على غير ذلك .

وقد يتفق الشركاء على ان يشتركوا جميعا فى الادارة فيوقعون جميعا على العقود ويلتزمون بتعهداتها مع بقاء الشركة مستترة لاوجود لها الا فيما بينهم ويلتزمون فى مواجهة الغير على وجه التضامن كذلك قد يلتزم الشركاء فى مواجهة الغير اذا وكلوا أحدهم فى ان يعمل باسمهم جميعا .

وتوزع الارباح والخسائر وفقا للشروط التى يتضمنها عقد الشركة واذا لم يتضمن العقد شروطا بذلك توزع الارباح والخسائر وفقا للقواعد العامة .

الفصل الرابع

شركة المساهمة

المبحث الأول : تعريف شركة المساهمة

شركة المساهمة هى الشركة التى يقسم رأس مالها على أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول ويكون المساهم فيها مسئولا عن التزامات الشركة بمقدار حصته فى رأس المال ، وليس للشركة المساهمة عنوان يتألف من اسماء الشركاء وانما يكون لها اسم تجارى ينبىء عن الغرض من تكوينها .

وقد عرف المشرع السعودى شركة المساهمة بانها الشركة التى ينقسم رأس مال الشركة المساهمة الى اسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول ولايسأل الشركاء فيها الا بقدر قيمة اسهمهم ولايجوز ان يقل عدد الشركاء فى هذه الشركة عن خمسة (انظر المادة ٤٨) .

المبحث الثاني : خصائص شركة المساهمة

للشركة المساهمة عدة خصائص يمكن اجمالها فيما ياتى :

اولا : **انقسام رأس مالها الى اسهم متساوية** : يعد ابرز مايميز هذه الشركة هو انقسام راس مالها الى اسهم متساوية القيمة .

ثانيا : **تحديد مسئولية كل شريك بقيمة السهم** : لايسأل الشركاء فى الشركات المساهمة عن التزامات الشركة الا بمقدار قيمة ما اكتتبوا به من اسهم .

ثالثا : **شركة المساهمة تتمتع باسم تجارى لايشار فيه ولايتضمن اسماً او اسماء للشركاء** : ويستمد اسم هذه الشركة من غرضها .

رابعا : **تؤسس الشركة المساهمة بمرسوم ملكى** : نظرا للأهمية الاقتصادية لهذا النوع من الشركات وحماية للادخار العام فان هذا النوع من الشركات يتطلب تاسيسه اتخاذ اجراءات خاصة تنتهى بصدور مرسوم ملكى بعد موافقة مجلس الوزراء وبناء على عرض وزير التجارة .

خامسا : **تتولى جهات متعددة الاشتراك فى ادارة الشركة المساهمة** : إذ يقوم مجلس الادارة بالتصرفات التى تستوجبها الادارة تحت رقابة الجمعية العمومية العادية للمساهمين ، وتتخذ القرارات الهامة من الجمعية العمومية غير العادية وتتولى جهات اخرى التنفيذ كما تتولى بعض الجهات الاخرى الرقابة والاشراف .

المبحث الثالث : تأسيس الشركة المساهمة

يبدأ المؤسسون عادة عندما تستقر فى أذهانهم فكرة تكوين الشركة المساهمة بابرام عقد ابتدائى يلتزم بمقتضاه كل منهم بالسعى لاتمام اجراءات تأسيس الشركة وبالاضافة الى العقد الابتدائى يحرر المؤسسون عقدا تأسيسيا يشتمل على بيانات العقد الابتدائى بالاضافة الى الاحكام الهامة الاخرى والخاصة بالشركة كالغرض من الشركة ورأس مالها وقيمة الاسهم وقواعد الادارة وكيفية توزيع الارباح والخسائر كذلك يحرر المؤسسون نظام الشركة الذى يعتبر دستور حياتها ويتضمن نظام الشركة ملخصا لأهم شروطها الأصلية الواردة فى عقد التأسيس وذلك لتمكين الغير من معرفة شروط الشركة الاساسية .

ويجرى العمل عادة على أن نظام الشركة يتضمن نفس شروط عقد التأسيس ولايبرز الفرق بينهما الا عندما تتم تعديلات على عقد التأسيس اذ ترفق فى هذه الحالة الشروط الجديدة المعدلة للعقد ومن ثم يمكن من الاطلاع عليه معرفة الشروط الاصلية وما طرأ عليها من تعديلات بينما لاتضاف التعديلات الى نظام الشركة وانما يعاد طبعه وفقا للشروط المعدلة وعندئذ يعتبر

صورة تمثيل عقد الشركة بعد ماتم عليه من تعديلات .

ولايجوز تأسيس شركة المساهمة الا بترخيص يصدر به مرسوم ملكى بناء على موافقة مجلس الوزراء وعرض وزير التجارة والصناعة . ويقدم طلب الترخيص موقعا عليه من خمسة شركاء على الاقل وفقا للاوضاع التى يصدر بها قرار من وزير التجارة والصناعة . ويبين فى الطلب كيفية الاكتتاب برأس مال الشركة وعدد الأسهم التى قصرها المؤسسون على انفسهم ومقدار ما اكتتب به كل منهم . ويرفق به صورة من عقد الشركة ونظامها . موقعا على كل صورة من الشركاء وغيرهم من المؤسسين .

ويقيد الطلب المذكور فى السجل الذى تعده لذلك مصلحة الشركة وللمصلحة المذكورة ان تطلب ادخال تعديلات على نظام الشركة ليكون متفقا مع احكام هذا النظام أو ليكون مطابقا للأنموذج الذى يصدر به قرار وزير التجارة وفقا للمادة (٥١) من النظام .

ويجوز ان يقصر المؤسسون على انفسهم الاكتتاب بجميع الاسهم . فاذا لم يقصر المؤسسون على انفسهم الاكتتاب بجميع الاسهم كان عليهم أن يطرحوا للاكتتاب العام الاسهم التى لم يكتتبوا بها وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ نشر المرسوم الملكى المرخص بتأسيس الشركة فى الجريدة الرسمية ولوزير التجارة والصناعة ان يأذن عند الضرورة بمد هذا الميعاد بمدة لاتتجاوز ثلاثين يوما (مادة ٥٤) .

وينقسم رأس مال الشركة المساهمة الى اسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول (مادة ٤٨) .

ولا يقل رأس مال الشركة المساهمة عن مليون ريال سعودى اذا طرحت اسهمها للتداول ، اما فى غير هذه الحالة فلايقل رأس مالها عن مائتى الف ريال .

ولايجوز ان يقل المدفوع من رأس المال عند تأسيس الشركة عن النصف ولاتقل قيمة السهم عن خمسين ريالا سعوديا (مادة ٤٩) .

وفى حالة توجيه الدعوة بالاكتتاب العام للجمهور فانه يجب ان يتم ذلك عن طريق البنوك التى يعينها وزير التجارة والصناعة .

ويودع المؤسسون لدى البنوك المذكورة نسخا كافية من نظام الشركة .

وتكون الدعوة للاكتتاب العام بنشرة تشتمل بصفة خاصة على البيانات الآتية :

١ ـ اسماء المؤسسين ومحال اقامتهم ومهنهم وجنسياتهم .

٢ ـ اسم الشركة وغرضها ومركزها الرئيسى .

٣ ـ مقدار رأس المال المدفوع ونوع الاسهم وقيمتها وعددها ومقدار ماطرح منها للاكتتاب العام وما اكتتب به المؤسسون والقيود المفروضة على تداول الاسهم .

٤ ـ المعلومات الخاصة بالحصص العينية والحقوق المقررة لها .

٥ ـ المزايا الخاصة الممنوحة للمؤسسين أو لغيرهم .

٦ ـ طريقة توزيع الارباح .

٧ ـ بيان تقديرى لنفقات تأسيس الشركة .

٨ ـ تاريخ بدء الاكتتاب ونهايته ومكانه وشروطه .

٩ ـ طريقة توزيع الاسهم على المكتتبين اذا زاد عدد الاسهم المكتتب بها على العدد .

١٠ـ تاريخ صدور المرسوم الملكى المرخص بتاسيس الشركة ورقم عدد الجريدة الرسمية الذى نشر فيه . ويوقع هذه النشرة المؤسسون الذين وقعوا طلب الترخيص .

ويكونون مسئولين بالتضامن عن صحة البيانات الواردة فيها وعن استيفائها البيانات المشار اليها فى الفقرة الثالثة من هذه المادة .

وتعلن نشرة الاكتتاب فى جريدة يومية توزع فى المركز الرئيسى قبل تاريخ بدء الاكتتاب بخمسة ايام على الاقل . (مادة ٥٥) .

ويظل الاكتتاب مفتوحا مدة لاتقل عن عشرة ايام ولا تجاوز تسعين يوما

ولايتم تأسيس الشركة الا اذا اكتتب بكل رأس المال .

وإذا لم يكتتب بكل رأس المال فى المدة المذكورة جاز باذن من وزير التجارة والصناعة مد فترة الاكتتاب مدة لاتزيد على تسعين يوما (مادة ٥٦) .

ويوقع المكتتب أو من ينوب عنه وثيقة تشتمل بصفة خاصة على اسم الشركة وغرضها ورأس مالها وشروط الاكتتاب واسم المكتتب وعنوانه ومهنته وجنسيته وعدد الاسهم التى يكتتب بها وتعهد المكتب بقبول نظام الشركة كما تقرره الجمعية التأسيسية (مادة ٥٧) .

ويكون الاكتتاب منجزا غير معلق على شرط ويعتبر اى شرط يضعه المكتتب كانه لم يكن .

ولايجوز ان يقل المدفوع من قيمة كل سهم نقدى عند الاكتتاب عن ربع قيمته الاسمية ويؤشر على السهم بالقدر المدفوع من قيمته . وتودع حصيلة الاكتتاب باسم الشركة تحت التأسيس أحد البنوك التى يعينها وزير التجارة والصناعة ولايجوز تسليمها الا لمجلس الادارة بعد اعلان تأسيس الشركة (مادة ٥٨) .

واذا جاوز عدد الاسهم المكتتب بها العدد المطروح للاكتتاب وزعت الاسهم على المكتتبين بنسبة ما اكتتب به كل منهم (مادة ٥٩) .

واذا تم تأسيس الشركة فلابد من اتخاذ اجراءات نشرها فى الجريدة الرسمية وينشر فى الجريدة الرسمية على نفقة الشركة قرار وزير التجارة والصناعة باعلان تأسيسها مرفقا به صورة من عقدها ومن نظامها .

وعلى اعضاء مجلس الادارة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ القرار المذكور ان يطلبوا قيد الشركة فى سجل الشركات بمصلحة الشركات . ويشتمل هذا القيد بصفة خاصة على البيانات الآتية :

١ ـ اسم الشركة وغرضها ومركزها الرئيسى ومدتها .
٢ ـ اسماء المؤسسين ومحال اقاماتهم ومهنهم وجنسياتهم .

٣ ـ نوع الاسهم وقيمتها وعددها ومقدار ماطرح منها للاكتتاب العام وما اكتتب به المؤسسون ومقدار رأس المال المدفوع والقيود المفروضة على تداول الاسهم .

٤ ـ طريقة توزيع الارباح والخسائر .

٥ ـ البيانات الخاصة بالحصص العينيّة والحقوق المقررة لها والمزايا الخاصة للمؤسسين أو لغيرهم .

٦ ـ تاريخ المرسوم الملكى المرخص بتأسيس الشركة ورقم عدد الجريدة الرسمية الذى نشر فيه .

٧ ـ تاريخ قرار وزير التجارة والصناعة باعلان تأسيس الشركة ورقم عدد الجريدة الرسمية الذى نشر فيه .

وعلى أعضاء مجلس الادارة كذلك ان يقيدوا الشركة فى السجل التجارىّ وفقا لاحكام نظام السجل التجارى .

ويبذل المؤسسون جهدا كبيرا غير عادى أو يقدمون براءات اختراع أوماشابه ذلك مما يسهم فى اخراج الشركة الى حيز الوجود .

ولذلك فقد جرى العمل احيانا على تعويضهم فى صورة حصص تأسيس . ويجوز للشركة المساهمة بناء على نص نظامها ان تصدر حصص تأسيس لمن قدم اليها عند التأسيس أوبعد ذلك ، براءة اختراع أو التزاما حصل عليه من شخص اعتبارى عام وتكون هذه الحصص اسمية أولحاملها .

ولاتدخل حصص التأسيس فى تكوين رأس المال ولايشترك أصحابها فى إدارة الشركة أو فى إعداد الحسابات أو فى جمعيات المساهمين .

وتسرى على هذه الحصص قرارات جمعيات المساهمين الصادرة وفقاً لأحكام هذا النظام أو نصوص نظام الشركة . بما فى ذلك القرارات الخاصة بالاستهلاكات والاحتياطيات ايا كان نوعها وايا كانت مبالغها ومد مدة الشركة أو حل الشركة قبل مدتها المحددة أو زيادة رأس المال أوتخفيضه او استهلاك اسهم رأس المال او شراء اسهم الشركة او اصدار أسهم لها أولوية فى الأرباح .

المبحث الرابع : إدارة الشركة المساهمة

يدير شركة المساهمة مجلس إدارة يحدد نظام الشركة عدد اعضائه بشرط ألاّ يقل عن ثلاثة .

وتعين الجمعية العامة العادية أعضاء مجلس الادارة للمدة المنصوص عليها فى نظام الشركة بشرط ألاّ تتجاوز ثلاث سنوات (مادة ٦٦) .

ويجب أن يكون عضو مجلس الادارة مالكاً لعدد من اسهم الشركة لايقل عن مائتين وتودع هذه الأسهم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين العضو احد البنوك التى يعينها وزير التجارة والصناعة ، وتخصص هذه الأسهم لضمان مسئولية أعضاء مجلس الادارة وتظل غير قابلة للتداول إلى أن تنقضى المدة المحددة لسماع دعوى المسئولية التى ترفع عليه بمناسبة اخطائه أو إلى أن يفصل فى الدعوى المذكورة .

وإذا لم يقدم عضو مجلس الادارة اسهم الضمان فى الميعاد المحدد لذلك بطلت عضويته ، وعلى مراقب الحسابات أن يتحقق من مراعاة حكم هذه المادة وأن يضمن تقريره إلى الجمعية العامة أية مخالفة فى هذا الشأن (مادة ٦٨) .

ولايجوز أن يكون لعضو مجلس الادارة أية مصلحة مباشرة أو غير مباشرة فى الأعمال والعقود التى تتم لحساب الشركة إلا بترخيص من الجمعية العامة العادية يجدد كل سنة .

ويستثنى من ذلك الأعمال التى تتم بطريق المناقصات العامة إذا كان عضو مجلس الادارة صاحب العرض الأفضل .

وعلى عضو مجلس الادارة أن يبلغ المجلس بماله من مصلحة شخصية فى الأعمال والعقود التى تتم لحساب الشركة . ويثبت هذا التبليغ فى محضر الاجتماع ولايجوز للعضو ذى المصلحة الاشتراك فى التصويت على الإقرار الذى يصدر فى هذا الشأن (مادة ٦٩) .

ويعين مجلس الادارة من بين اعضائه رئيساً وعضواً منتدباً ويجوز أن يجمع عضو واحد بين مركز رئيس المجلس ومركز العضو المنتدب .

ويبين نظام الشركة اختصاصات رئيس المجلس والعضو المنتدب والمكافأة الخاصة التى يحصل عليها كل منهما بالاضافة إلى المكافأة المقررة لأعضاء المجلس وإذا خلا نظام الشركة من أحكام فى هذا الشأن تولى مجلس الادارة توزيع الاختصاصات وتحديد المكافأة الخاصة .

ويعين مجلس الادارة سكرتيراً يختاره من بين اعضائه أو من غيرهم ويحدد اختصاصاته ومكافآته ، إذا لم يتضمن نظام الشركة أحكاماً فى هذا الخصوص .

ولاتزيد مدة رئيس المجلس والعضو المنتدب والسكرتير عضو مجلس الادارة عن مدة عضويّة كل منهم فى المجلس . ويجوز دائماً إعادة تعيينهم مالم ينص نظام الشركة على غير ذلك . وللمجلس فى كل وقت أن يعزلهم جميعهم أو بعضهم دون اخلال بحقهم فى التعويض إذا وقع العزل بغير مبرر مقبول أو فى وقت غير لائق (مادة ٧٩) .

ويجتمع مجلس الادارة بدعوى من رئيسه وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى نظام الشركة ومع ذلك وبصرف النظر عن أى نص مخالف فى نظام الشركة يجب على رئيس المجلس أن يدعوه إلى الاجتماع متى طلب إليه ذلك اثنان من الأعضاء .

ولايكون اجتماع المجلس صحيحاً إلا إذا حضره نصف الأعضاء على الأقل بشرط الا يقل عدد الحاضرين عن ثلاثة ، مالم ينص نظام الشركة على نسبة أو عدد أكبر . ولايجوز لعضو مجلس الادارة أن ينيب عنه غيره من الأعضاء فى حضور الاجتماع إلا إذا نص على ذلك نظام الشركة .

وتعتبر أول جمعية عامة تنعقد فى حياة الشركة هى الجمعية العامة وهى التى تصدق على نظام الشركة وتنتخب مجلس الادارة الأول ومراقبى الحسابات .

ويسجل المساهمون الذين يرغبون فى حضور الجمعية العامة أو الخاصة أسماءهم بمركز الشركة إلى الوقت المحدد لانعقاد الجمعية مالم ينص نظام الشركة على غير ذلك .

ويحرر عند انعقاد الجمعية كشف بأسماء المساهمين الحاضرين والممثلين ومحال اقامتهم مع بيان عدد الأسهم التى فى حيازتهم بالاصالة أو بالوكالة وعدد الأصوات المخصصة لها ويكون لكل ذى مصلحة الاطلاع على هذا الكشف (مادة ٩٠) .

ولايكون انعقاد الجمعية العامة العادية صحيحاً إلا إذا حضره مساهمون يمثلون نصف رأس مال الشركة على الأقل ، مالم ينص نظام الشركة على نسبة أعلى . فاذا لم يتوفر هذا النصاب فى الاجتماع الأول ، وجهت دعوة الى اجتماع ثان يعقد خلال الثلاثين يوماً التالية للاجتماع السابق ويعتبر الاجتماع الثانى صحيحاً أياً كان عدد الأسهم الممثلة فيه (مادة ٩١) .

وتصدر قرارات الجمعية العامة العادية بالأغلبية المطلقة للأسهم الممثلة فى الاجتماع مالم ينص نظام الشركة على نسبة أعلى .

ولايكون اجتماع الجمعية العامة غير العادية صحيحاً إلا إذا حضره مساهمون يمثلون نصف رأس المال على الأقل مالم ينص نظام الشركة على نسبة أعلى .

وتصدر قرارات الجمعية العامة غير العادية بأغلبية ثلثى الاسهم الممثّلة فى الاجتماع (مادة ٩٢) .

وتختص الجمعية العامة العادية بجميع الأمور المتعلقة بالشركة وتنعقد مرة على الاقل فى السنة خلال الستة الشهور التالية لانتهاء السنة المالية للشركة ويجوز دعوة جمعيات عامة عادية أخرى كلما دعت الحاجة الى ذلك (مادة ٨٤) .

وتختص الجمعية العامة غير العادية بتعديل نظام الشركة باستثناء الأمور الآتية :

١ ـ التعديلات التى من شأنها حرمان المساهم من حقوقه الأساسية التى يستمدها بوصفه شريكا فى الشركة من احكام هذا النظام أو من نظام الشركة : وهى الحقوق المنصوص عليها فى المادتين (١٠٧ ، ١٠٨) .

٢ ـ التعديلات التى من شأنها زيادة الاعباء المالية للمساهمين .

٣ ـ تعديل غرض الشركة .

٤ ـ نقل المركز الرئيسى للشركة المؤسسة فى المملكة الى بلد أجنبى .

٥ ـ تعديل جنسية الشركة .

وكل نص على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن . وللجمعية العامة غير العادية فضلا عن الاختصاصات المقررة لها ان تصدر قرارات فى الأمور الداخلية اصلا فى اختصاص الجمعية العامة العادية وذلك بنفس الشروط والأوضاع المقررة للجمعية الأخيرة (مادة ٨٥) .

ويجوز وفقا لاحكام النظام زيادة رأس مال الشركة (انظر المواد ١٣٤ وما بعدها) .

كما يجوز تخفيض رأس المال وفقا لاحكام المواد (١٤٢) وما بعدها .

وتنقضى الشركة المساهمة بسبب خاص نص عليه النظام فى الماده (١٤٨) وهو اذا بلغت خسائر الشركة ثلاثة ارباع رأس المال .

الفصل الخامس

شركة التوصية بالأسهم

المبحث الأول

تعريف شركة التوصية بالأسهم وخصائصها

شركة التوصية بالأسهم هى شركة يقسم رأس مالها الى أسهم متساوية القيمة وقابله للتداول بالطرق التجارية ، ويكون شركائها شريك أو أكثر مسئولا بالتضامن عن جميع التزاماتها فى امواله الخاصة . ، وتقتصر ادارتها على الشريك أو الشركاء المتضامنين ويكون لها عنوان يشتمل على اسم أو أسماء الشركاء المتضامنين .

وقد نص النظام على ان تتكون شركة التوصية البسيطة من فريقين :

فريق يضم على الأقل شريكا متضامنا مسئولا فى جميع امواله عن ديون الشركة ، وفريق آخر يضم شركاء مساهمين لا يقل عددهم عن اربعة ولا يسألون عن ديون الشركة الا بقدر حصصهم فى رأس المال (مادة ١٤٩) .

ولا يجوز ان يقل رأس مال شركة التوصية بالأسهم عن مائة ألف ريال سعودى كما لا يجوز ان لا يقل المدفوع منه عند تأسيس الشركة عن النصف .

ويقسم رأس مال الشركة الى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة ولا تقل قيمة السهم عن خمسين ريالا سعوديا .

ويوقع جميع الشركاء المتضامنين وغيرهم من المسئولين عقد الشركة ونظامها وتبينّ الشركة اسماء الشركاء المتضامنين ومحال اقامتهم وجنسياتهم واسماء من تعينّهم مديرين للشركة :

ويصدر وزير التجارة والصناعة قرارابالنموذج لنظام التوصية بالأسهم ولا تجوز مخالفة هذا النموذج الا لأسباب يقرها الوزير المذكور . (مادة ١٥١) .

المبحث الثاني : إدارة شركة التوصية بالأسهم

يدير شركة التوصية بالأسهم شريك متضامن أو اكثر وتسرى على سلطتهم ومسئولياتهم وعزلهم احكام المديرين فى شركة التضامن (مادة ١٥٢) .

ولا يكون عزل رئيس الشركة الا باجماع الآراء وذلك لما ينطوى عليه ذلك من تعديل لعقد الشركة .

ويترتب على انسحاب احد الشركاء المتضامنين او وفاته أو الحجر عليه أو اشهار افلاسه أو اعساره انقضاء الشركة .

وتعين الجمعية العامة للمساهمين فور تأسيس الشركة مجلس رقابة من ثلاثة مساهمين على الأقل ، ولا يكون للشركاء المتضامنين رأى فى هذا التعيين ، وللجمعية المذكورة ان تجدد تعيين اعضاء مجلس الرقابة أو أن تعزلهم وفقا للأحكام المنصوص عليها فى نظام الشركة . وعلى مجلس الرقابة ان يراقب اعمال الشركة وان يبدى الرأى فى الأمور التى يعرضها عليه مدير الشركة وفى التصرفات التى يعلق نظام الشركة مباشرتها على إذن سابق من المجلس المذكور .

ولمجلس الرقابة ان يدعو الجمعية العامة للمساهمين للانعقاد اذا تبين وقوع مخالفة جسيمة فى ادارة الشركة . ويقدم المجلس الى الجمعية العامة للمساهمين فى نهاية كل سنة مالية تقريرا عن نتائج رقابته على اعمال الشركة .

ولا يسأل اعضاء مجلس الرقابة عن اعمال المديرين او نتائجها الا اذا علموا بما وقع من اخطاء واهملوا اخطار الجمعية العامة بها .

الفصل السادس

الشركة ذات المسئولية المحدودة

المبحث الأول تعريف الشركة ذات المسئولية المحدودة وخصائصها

الشركة ذات المسئولية المحدودة شركة يقسم رأس مالها الى حصص

متساوية القيمة ولا يكون الشريك فيها مسئولا الا بقدر حصته فى رأس المال وهذه الحصة لا تتخذ شكل السهم ولا تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية ، وانما يخضع تداولها لبعض القيود .

وقد عرف المشرع الشركة ذات المسئولية المحدودة بأنّها الشركة التى تتكون من شريكين أو أكثر مسئولين عن ديون الشركة بقدر حصصهم فى رأس المال ، ولا يزيد عدد الشركاء فى هذه الشركة عن خمسين (مادة ١٥٧) .

يقل رأس مال الشركة ذات المسئولية المحدودة عن خمسين ألف ريال سعودى ويقسم رأس المال الى حصص متساوية القيمة ولا يجوز ان تكون هذه الحصص ممثلة فى صكوك قابلة للتداول .

وتكون الحصة غير قابلة للتجزئة ، فاذا تملك الحصة اشخاص متعددون جاز للشركة ان توقف استعمال الحقوق المتصلة بها الى ان يختار مالكو الحصة من بينهم من يعتبر مالكا منفردا لها فى مواجهة الشركة ويجوز للشركة ان تحدد لهؤلاء ميعادا لاجراء هذا الاختيار والا كان من حقها بعد انقضاء الميعاد المذكور ان تبيع الحصة لحساب مالكيها وفى هذه الحالة تعرض الحصة على الشركاء ثم على الغير . ولا يجوز للشركة ذات المسئولية المحدودة ان تلجأ الى الاكتتاب لتكوين رأسمالها أو لزيادته أو للحصول على قرض مادة ١٥٨) .

ولا يجوز ان يكون غرض الشركة ذات المسئولية المحدودة القيام باعمال التأمين او الادخار أو البنوك .

ويجوز ان يكون غرض الشركة ذات المسئولية المحدودة القيام باعمال التأمين أو الادّخار أو البنوك .

ويجوز ان يكون اسم الشركة ذات المسئولية المحدودة اسم شريك واحد واكثر ويجوز ان يكون ذلك الاسم مشتقا من غرضها .

تؤسس الشركة ذات المسئولية المحدودة بمقتضى عقد يوقعه جميع الشركاء ويشتمل العقد المذكور على البيانات التى يصدر بتحديدها قرار من وزير التجارة والصناعة على ان يكون من بينها البيانات الآتية :

١ ـ نوع الشركة واسمها وغرضها ومركزها الرئيسى .

٢ ـ اسماء الشركاء ومحال اقامتهم ومهنهم وجنسياتهم .

٣ ـ اسماء المديرين سواء أكانوا من الشركاء أو من غيرهم .

٤ ـ اسماء اعضاء مجلس الرقابة ان وجد .

٥ ـ مقدار رأس المال ومدار الحصص النقدية والحصص العينية ووصف تفصيلى للحصص العينية وقيمتها واسماء مقدميها .

٦ ـ اقرار الشركاء بتوزيع جميع حصص رأس المال والوفاء بقيمة هذه الحصص كاملة .

٧ ـ طريقة توزيع الأرباح .

٨ ـ تاريخ بدء الشركة وتاريخ انتهائها .

٩ ـ شكل التبليغات التى قد توجهها الشركة الى الشركاء .

١٠ ـ أبرز خصائص هذه الشركة المسئولية المحدودة للشركاء ، كذلك فمن الخصائص الهامة لهذه الشركة تحديد عدد الشركاء ، فضلا عن جواز التنازل عن حصص الشركاء .

المبحث الثاني : إدارة الشركة ذات المسئولية المحدودة

وضع المشرّع قواعد ادارة الشركة على نسق ادارة شركة المساهمة مع مراعاة حجم المشروعات التى تقوم بها ، فهى عادة المشروعات الصغيرة والمتوسطة ، ومن ثم اضفى عليها قدرا من المرونة والتيسير .

ويتولى إدارة الشركة شريك أو اكثر ، من بين الشركاء أو من غيرهم والى جانبهم جمعية عامة تضم جميع الشركاء تختص بما يخرج عن نطاق سلطات المدير أو المديرين .

ويجوز ان ينص عقد الشركة على تكوين مجلس ادارتها من المديرين اذا تعددوا وفى هذه الحالة يحدد العقد طريقة العمل فى هذا المجلس والأغلبية اللازمة لقراراته وتعتزم الشركة باعمال المديرين التى تدخل فى حدود سلطتهم المشهر

عنها لأحكام المادة ((مادة ١٦٧) .

ولا يجوز عزل المديرين المعينين فى عقد الشركة أو فى عقد مستقل الا لمسوغ شرعى ويسأل المديرون بالتضامن عن تعويض الضرر الذى يصيب الشركة او الشركاء أو الغير بسبب مخالفة احكام هذا النظام أو نصوص عقد الشركة أو بسبب ما يصدر عنهم من اخطاء فى أداء عملهم ، ويعد هذا الحكم من النظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفته .

وفيما عدا حالتى الغش والتزوير يترتب على موافقة الشركاء على ابراء ذمة المديرين من مسئولية ادارتهم انقضاء دعوى المسئولية المقررة للشركة . وفى جميع الاحوال لا تسمع الدعوى المذكورة بعد انقضاء سنة من تاريخ تلك الموافقة (مادة ١٦٨) .

ويكون للشركة ذات المسئولية المحدودة مراقب حسابات أو أكثر وفقا للاحكام المقررة فى باب شركة المساهمة .

واذا زاد عدد الشركاء عن عشرين وجب النص فى عقد الشركة على تعيين مجلس رقابة من ثلاثة شركاء على الأقل . واذا طرأت هذه الزيادة بعد تأسيس الشركة وجب على الشركاء ان يقوموا فى اقرب وقت بهذا التعيين (مادة ١٧٠) .

وترتب الحصص حقوقا متساوية فى الأرباح الصافية وفى فائض النصفية ما لم ينص عقد الشركة على غير ذلك .

ويكون لكل شريك حق الاشتراك فى المداولات وفى التصويت وعدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التى يمتلكها ، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك .

يجوز لكل شريك ان يوكل عنه كتابة شريكا آخر من غير المديرين فى حضور اجتماعات الشركاء وفى التصويت ، ما لم ينص عقد الشركة على غير ذلك .

وللشريك غير المدير فى الشركة التى لا يوجد بها مجلس رقابة ان يوجه النصح للمديرين وله ايضا ان يطلب الاطلاع فى مركز الشركة على اعمالها وفحص دفاترها .

الفصل السابع

الشركة ذات رأس المال القابل للتغيير

يجوز ان تنص اى شركة فى عقدها على أن رأسمالها قابل للزيادة بمدفوعات جديدة من الشركاء أو بانضمام شركاء أو قابل للتخفيض باسترداد الشركاء حصصهم فى رأس المال .

ويجب فى هذه الحالة شهر هذا النص بطرق الشهر المقررة لنوع الشركة (مادة ١٨١) .

ولا تخضع زيادة رأس المال أو تخفيضه فى الشركة ذات رأس المال القابل للتغيير لأية شروط أو اجراءات خاصة . ما لم ينص عقد الشركة او نظامها على غير ذلك مادة (١٨٣)

ولا يزيد رأس مال الشركة عند التأسيس عن خمسين الف ريال سعودى ويجوز ان يرد رأس المال بعد ذلك بقرار من الشركاء من سنة الى أخرى بشرط الا تتجاوز كل زيادة المبلغ المذكور (مادة ١٨٤) .

واذا اتخذت حصص الشركاء شكل اسهم وجب ان تبقى هذه الاسهم إسميّة حتى بعد سداد قيمتها كاملة .

ولا يجوز تداول الأسهم المذكورة الا بعد التأسيس النهائى للشركة ، ويجوز ان يمنح عقد الشركة أو نظامها المديرين أو اعضاء مجلس الادارة أو الجمعية العامة حق الاعتراض على نقل ملكية تلك الاسهم (مادة ١٨٥) .

ويعين عقد الشركة او نظامها المبلغ الذى لا يجوز ان يهبط عنه رأس المال نتيجة استرداد الشركاء حصصهم ولا يجوز ان يقل هذا المبلغ عن خمس رأس مال الشركة ويشهر هذا النص بطرق الشهر المقررة لنوع الشركة (مادة ١٨٦) .

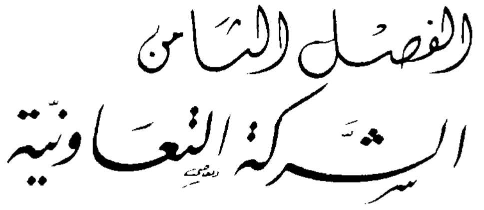
ولكل شريك ان ينسحب من الشركة فى أى وقت ينص عقد الشركة أو

نظامها على خلاف ذلك .

ويجوز ان يخول عقد الشركة أو نظامها الشركاء سلطة فصل الشريك أو اكثر بالأغلبية المشروطة لتعديل العقد أو النظام .

ويبقى الشريك الذى انسحب أو فصل مسئولا فى مواجهة الشركاء والغير مدة سنتين من وقت الانسحاب أو الفصل عن الوفاء بجميع الالتزامات التى كانت قائمة وقت زوال صفته كشريك (مادة ١٨٧) .

ولا تنقضى الشركة أيا كان نوعها بانسحاب احد الشركاء أو فصله أو وفاته أو الحجر عليه أو بشهر افلاسه أو إعارته ، بل تستمر قائمة بين سائر الشركاء ما لم ينص عقد الشركة أو نظامها على خلاف ذلك . (مادة ١٨٨) .



نص النظام على أنه يجوز ان تؤسس شركة المساهمة أو الشركة ذات المسئولية المحدودة وفقا للمبادىء التعاونية اذا كانت تهدف لصالح جميع الشركاء وبجهودهم المشتركة الى الاغراض الآتية :

١ ـ تخفيض ثمن التكلفة أو ثمن شراء بيع بعض المنتجات وذلك بمزاولة الشركة اعمال المنتجين او الوسطاء .

٢ ـ تحسين صنف المنتجات او مستوى الخدمات التى تقدمها الشركة الى الشركاء او التى يقدمها هؤلاء الى المستهلكين .

ولا تخضع شركة المساهمة التعاونية لشرط استصدار مرسوم ملكى (مادة ١٩٨) .

يقسم رأس مال الشركة التعاونية الى حصص أو اسهم متساوية القيمة وغير قابلة للتجزئة فى مواجهة الشركة ، ولا تقل قيمة الحصة أو السهم عن عشرة ريالات سعودية ولا تزيد عن خمسين ريالا سعوديا ولا يقل المدفوع من قيمة

الحصة أو السهم عند تأسيس الشركة عن الربع ويجب ان يسدد الباقى فى ميعاد لا يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ التأسيس النهائى للشركة .

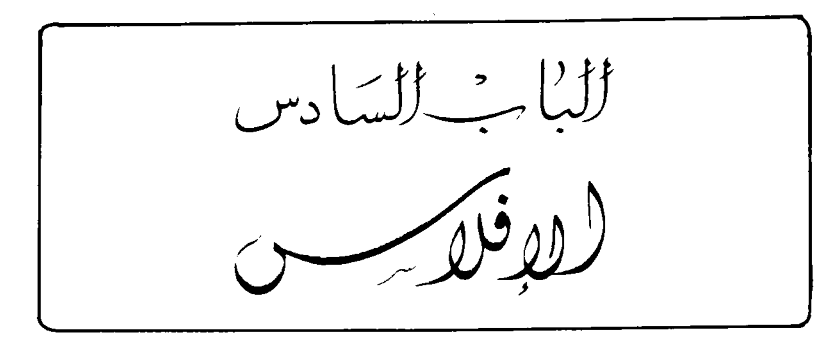
ويجوز ان يصرح عقد الشركة أو نظامها لغير الشركاء بالاستفادة من نشاطها ولكن يجب فى هذه الحالة ان تقبل الشركة كشركاء فيها هؤلاء الذين صرحت لهم بالاستفادة من نشاطها أو الذين افادت هى من خدماتهم متى طلبوا ذلك واستوفوا الشروط المنصوص عليها فى عقد الشركة أو فى نظامها .

وتكون لجميع الشركاء فى الشركة التعاونية حقوق متساوية ولا تجوز التفرقة بينهم بسبب تاريخ انضمامهم اليها .

تفيد الشركات التعاونية من جميع المزايا المقررة للجمعيات التعاونية . ويكون لوزارة التجارة والصناعة فى الرقابة على الشركات التعاونية وحلها ما لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية من سلطات فى الأمور المذكورة بمقتضى نظام الجمعيات التعاونية .

ويلزم لتأسيس الشركة التعاونية أيا كان نوعها استصدار ترخيص بذلك من وزير التجارة والصناعة وفقا للاوضاع التى يحددها ويرفق بطلب الترخيص صورة من عقد الشركة ومن نظامها موقعا على كل صورة من الشركاء وغيرهم من المؤسسين (مادة ١٩٩) .





الباب السادس
الافلاس

تضمن نظام المحكمة التجارية الصادر سنة ١٣٥٠ هـ . فى المواد من (١٠٣) الى (١٣٥) الاحكام الخاصة بالافلاس .

الفصل الأول
تعريف الافلاس وأنواعه

نصت المادة (١٠٣) من نظام المحكمة التجاريّه على أن (المفلس) من استغرقت الديون جميع امو اله فعجز عن تأديتها .

والافلاس ثلاثة انواع : الافلاس الحقيقى والافلاس التقصيرى ، والافلاس الاحتيالى ، أو الافلاس بالتدليس (مادة ١٠٤) .

ويختلف كل من هذه الانواع عن الآخر ويترتب على هذا الاختلاف مغايرة كبيرة فى الآثار التى تترتب على كل نوع ، وسندرس فيما يلى تباعا كل نوع على حدة .

المبحث الأول : الإفلاس الحقيقي

قد يكون افلاس التاجر ناشئا عن سوء حظ وظروف غير متوقعة ، كأن يكون التاجر حسن النية وقد اتخذ الاحتياطات العادية و لكن صادفه فى تجارته

ما لم يتوقعه فترتب على ذلك ان المت به خسارة اعجزته عن اداء ديونه وصارت امواله غير كافية لسداد حقوق دائنيه .

ويشترط النظام لكى يعتبر الافلاس حقيقيا ان يكون التاجر قد مارس التجارة برأس مال معلوم يعتبره العرف كافيا للعمل التجارى فى نوع التجارة الذى مارسه .

كما يتطلب النظام حتى بعد الافلاس حقيقيا ان يكون التاجر قد اتخذ دفاتر منتظمة وفقا لاحكام القانون ، وفضلا عما تقدم يشترط النظام ان يسفر بحث حالة التاجر عن عدم تبذيره فى نفقاته الخاصة ومن ثم لا يمكن رد افلاسه الى اهمال او تقصير او تبذير ، وانما الى احداث غير متوقعة ناتجة عن سوء حظه ، كأن يشب حريق فى متجره بغير اهمال أو أن تفقد أو تتلف بضائعه أو منقولاته أو ممتلكاته أو تحدث أى ظروف غير متوقعة تسىء الى حالته المالية أو الى مركزه التجارى أو المالى دون ان تكون تلك الظروف راجعة الى عدم حيطته أو الى اهماله .

المبحث الثاني : الإفلاس التقصيري

الافلاس التقصيرى أو الافلاس بالتقصير ، كما هو يبين من اسمه افلاس ناتشىء عن اهمال التاجر وتقصيره ، فالتاجر المبذر الذى ينفق على اموره الخاصة باسراف لا يتفق مع كسبه وربحه ثم ينتهى به الحال الى الافلاس ، تاجر مقصر مهمل اوقع نفسه باهماله فى الافلاس (المادة ١٠٦) كذلك التاجر الذى تدهورت حالته المالية وعجز عن سداد ديونه ، ثم اخفى الأمر عن دائنيه واستمر فى ممارسة التجارة ، فزادت اموره المالية تدهورا حتى نفذ رأس ماله ، تاجر مفلس بالتقصير .

ولا يشفع للتاجر المفلس بالتقصير انتظام دفاتره ، طالما ثبت ان اهماله وتقصيره هما سبب افلاسه .

ويجب على التاجر المفلس بالتقصير ان يقدم دفاتره مع سندات الديون الى المحكمة مشفوعة كذلك بجدول يتضمن تطورات رأس مالـه منـذ اشتغالـه بالتجارة الى يوم افلاسه . وما لحق به من خسائر وجميع ماله من حقوق وما عليه من ديون والتزامات .

ويحكم على التاجر المفلس بالتقصير بالحبس مدة تتراوح بين ثلاثة اشهر وسنتين وفقا لما يبين للمحكمة من مدى اهماله أو تقصيره (المادة ١٣٧) ولا يعاد للمفلس المقصر اعتباره التجارى الا بعد اداء جميع ديونه وتنفيذ العقوبة عليه على نحو ما سيرد فيما بعد .

المبحث الثالث : الإفلاس الاحتيالي

الافلاس الاحتيالى أو الافلاس بالتدليس أخطر أنواع الافـلاس اذ لا يفلس التاجر هنا نتيجة لسوء الحظ أو نتيجة لاهماله أو تقصيره وانما يلجأ التاجر الى الاحتيال واخفاء امواله اضرارا بدائنيه المادة ١٠٧) .

فالافلاس الاحتيالى ينتج عن عدم امانة التاجر الذى قد يلجأ الى اثبات بيانات كاذبة فى دفاتره أو اخفاء امواله أو نقلها بعيدا عن متناول دائنيه أو كل ما من شأنه ان يعرض حقوق دائنيه للضياع .

ولا يتوقف الحكم على التاجر بالافلاس الاحتيالى على تبـذيره أو عدم تبذيره فى نفقاته الشخصية ومصاريفه الخاصة ، كما لا يتوقف الحكم المذكور على انتظام أو عدم انتظام دفاتره ، بل يحكم على التاجر بالافلاس الاحتيالى اذا ثبت عليه الاحتيال أو تبديد الأموال أو إخفاءها أو اثبات أى بيانات كاذبة كأن يثبت ديونا غير صحيحة عليه . أو أى عمل آخر يهدف من ورائه الى الإضرار بحقوق دائنيه .

ويعد المفلس احتيالا مرتكبا لجريمة خطيرة يعاقب عليها بالسجن تتراوح بين ثلاث وخمس سنوات (المادة ١٣٦) .

كما يحكم على من يثبت أنه شريكه فى اخفاء أمواله وكذلك من يعاونه بأى طريقة كانت على ارتكاب جريمته بنفس العقوبة (المادة ١٣٦) .

ويسوى النظام بين التاجر المفلس افلاسا احتياليا وبين السارق أو من يرتكب جريمة خيانة الأمانة ، فلا يعيد اليه اعتباره التجارى (المادة ١٣٣) .

الفصل الثانى

اجراءات اشهار الافلاس

يكون طلب اشهار الافلاس أما من التاجر المطلوب اشهار افلاسه أو من احد دائنيه (المادة ١٠٨) .

وتتولى المحكمة فحص الأوراق أو الدفاتر المقدمة من التاجر المطلوب اشهار افلاسه ، ويجب على التاجر المذكور ان يقدم دفاتره مع سندات الديون المطلوبة له الى المحكمة مشفوعة ببيان يحتوى على اصل رأس ماله من تاريخ اشتغاله بالتجارة حتى يوم توقفه عن الدفع والخسارة التى حاقت بتجارته وجميع نفقاته وماله وما عليه من حقوق وديون .

ويقدم التاجر هذا البيان الى المحكمة فى شكل جدول يتضمن البيانات السابقة (المادة ١٠٩) . وبمجرد تقديم هذا البيان يتم اتخاذ قرار احتياطى بشأن التاجر ، إمّا بايقافه وإمّا بوضعه تحت مراقبة الشرطة حتى تنتهى الاجراءات (المادة ١٠٩) .

وعلى المحكمة ان تفحص الأوراق المقدمة من التاجر وبيان حركة تجارته وماله من حقوق وما عليه من التزامات وجميع ما يقدم من مستندات بالاضافة الى دفاتر التاجر ، ثم تصدر المحكمة قرارها باعلان الافلاس على التاجر والحجز على امواله (المادة ١١٠) .

اما بالنسبة لشركات التضامن ، فلا يقتصر الأمر على الحجز على أموال

الشركة عند اصدار حكم الافلاس من المحكمة ولكن يمتد قرار الحجز على الأموال الى اموال المتضامنين كذلك (المادة ١١٠) .

وتعتبر غير نافذة جميع تصرفات التاجر أو الشركة التى يصدر حكم باشهار افلاسها من التاريخ الذى يتضمنه حكم اشهار الافلاس (المادة ١١٠) .

وتعين المحكمة مأمور تفليسه ، كما يختار الدائنون أمناء للمساعدة فى تصفية اموال التاجر المفلس (المادة ١١٢) . ويتم اعلان حكم الافلاس بعدد كاف من الملصقات ، كما يتم الاعلان فى الصحف اليومية ، ويجب على الدائنين للتاجر المحكوم باشهار افلاسه ان يقدموا مستندات حقوقهم الى مأمور التفليسة الذى تعينه المحكمة وأمناء الديانة الذين ينتخبهم الدائنون فى خلال عشرة أيام من تاريخ اشهار الافلاس ، أما اذا كانوا مقيمين فى بلدة أخرى فيمنحون مواعيد مسافة (المادة ١١١) .

ويجوز للدائن الغائب ان يخطر برقيا أو بموجب عريضة عن حقوقه فاذا وجدت ثابتة فى دفاتر المفلس يحفظ حقه حتى عودته لاستلام حقه بنفسه أو بواسطة نائبه (المادة ١١٧) .

وكل تاجر يتأخر عن المواعيد السابقة لا يقبل مأمور التفليسة وأمناء الديانة قيد حقوقه الا اذا رفع دعواه أمام المحكمة لتصدر حكمها فيما يدعيه (المادة ١١٦) .

الفصل الثالث

قسمة الغرماء

يبدأ مأمور التفليسة وأمناء الدائنين بعد تعيينهم فى تجميع ما للتاجر المفلس من حقوق وحصر ما عليه من التزامات ويتولّون بعد تحصيل جميع حقوقه قيدها فى دفتر يعد لذلك .

ويستدعى أمام المحكمة كل من يرفض من مدينى التاجر المفلس سداد حقوقه لمأمور التفليسة وأمناء الدائنين وتتولى المحكمة التحقيق فى أمر امتناع عن السداد ، ولها ان تستدعى التاجر المفلس وتستوضحه عن الأمر اذا لزم الحال (المادة ١١٣) .

وعند تجميع اموال التاجر المفلس يجـرى بيع منقولاتـه وعقاراتـه فى مزاد علنى .

ويتم الانفاق على التاجر المفلس ومن تلزمه نفقته من امواله اذا كان مفلسا افلاسا حقيقيا أو مفلسا بالتقصير وذلك حتى يتم تقسيم أموالـه بـين دائنيه (المادة ١١٨) .

وتدفع كذلك من أموال التاجر المفلس ايجارات مسكنه ومحلات تجارته وأجرة خدمه وموظفيه ومهر زوجته ، وتقدم هذه الحقوق على سائر الـديون العـادية للدائنين (المادة ١١٩) .

كما ترد الى اصحابها عين الودائع التى توجد بين اموال التاجر المفلس ثابت عليها اسماء صاحبيها (المادة ١٢٠) .

ويمتاز الدائن المرتهن على غيره من الدائنين اذ يقتضى حقه كاملا من ثمن الرهن بعد بيعه ويضاف الباقى من الثمن الى سائر اموال التاجر المفلس لسداد حقوق باقى دائنيه .

فاذا لم يوف ثمن الرهن بحق الدائن المرتهن كان للأخير أن يرجع بالباقى على سائر أموال المدين شأنه فى ذلك شأن باقى المدينين .

ويتم توزيع جميع ما يبقى من أموال التاجر المفلس على سائر الدائنين بنسبة ديونهم وتسمى هذه قسمة الغرماء (المادة ١٢٢) .

ويجوز ان يتم بين الدائنين وبين التاجر المفلس صلح واق من التفليس اذا كان الافلاس حقيقيا أو بالتقصير .

ويرد للمفلس الحقيقى اعتباره التجارى اذا سدد جميع ديونه الاصلية مع المصاريف (المادة ١٣٢) .

ويجوز رد اعتبار المفلس المقصر بعد اداء جميع ديونه وتنفيذ العقوبة عليه (المادة ١٣٣) وتحال الى المحكمة التجارية طلبات رد الاعتبار وتتولى تحقيقها والاعلان عن ذلك حتى يتقدم كل من له حق على طالب رد الاعتبار .

وتنظر المحكمة فى كل طلب دين على التاجر المفلس وكل اعتراض من اى خصم ذى شأن فى اعادة اعتبار .

وتقرر المحكمة بناء على ما تراه من ظروف الدعوى اعادة اعتبار التاجر المفلس أو رفض الطلب (المادة ١٣٤) ، ولا يرد الى المفلس الاحتيالى اعتباره .

كما لا يرد الاعتبار التجارى لمن حكم عليه لسرقة أو لخيانة امانة أو لاخفاء شىء من امواله أو لامتناع عن تقديم حسابه وفقا للمادة (١٠٩) من نظام المحكمة التجارية .





الجزء الثالث

نظام العمل والعمال في المملكة العربية السعودية

الباب الأول : الخصائص العامة لنظام العمل

الباب الثاني : مجال تطبيق نظام العمل والعمال

الباب الثالث : خصائص عقد العمل

الباب الرابع : آثار عقد العمل

الباب الخامس : انتهاء عقد العمل

الباب السادس : آثار انتهاء عقد العمل



الباب الأول
الخصائص العامة لنظام العمل

الفصل الأول
تمييز نظام العمل عن غيره من الأنظمة الأخرى

المبحث الأول : تعريف نظام العمل

سادت فى المجتمعات القديمة ظروف معينة أدت الى ظهور نظام الرق والاعتماد عليه لفترات طويلة .

ولم يكن هذا ليمنع بعض الاشخاص الأحرار من اداء بعض الأعمال لغيرهم ولكن كان هذا العمل يعد فى بعض التشريعات القديمة ، كالقانون الرومانى بمثابة الوكالة اذا كان العمل ذهنيا ، أما اذا كان العمل بدنيا فقد كان يعتبر عقد إجارة .

وقد تضمنت أحكام الشريعة الاسلامية ضمانات للعامل لم تعرفها التشريعات العالمية حتى سنوات قليلة مضت ، فقد ساد فى العصور الوسطى نظام الاقطاع وظل العمال عبيداً للأرض فى أوروبا حتى قامت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ م .

وقد ترتب على الثورة الفرنسية سيادة المذهب الفردى ، ثم قام الاقتصاد الحر ، وبرزت ظواهر اجتماعية بالغة الخطورة واكبت الثورة الصناعية وانتشر بين الطوائف العمالية التذمر وانتشرت الاضطرابات العمالية حتى بدأت الدول تتجه الى وضع قواعد تضمن بعض حقوق العمال .

وقد استقرت منذ اوائل القرن التاسع عشر تقريبا مجموعة قانونية تنظم العلاقة بين طرفى عقد العمل : رب العمل والعامل كما تنظم الرابطة بين العمال وأرباب الاعمال . وقد تشعبت هذه القواعد وتكون من مجموعها مايطلق عليه حاليا قانون العمل أو نظام العمل .

وقد ذهب فريق من الفقهاء الى أن قانون العمل هو القانون الذى ينظم عقد العمل . ولكن انتقد هذا التعريف التقليدى لأن جانبا كبيرا من الفقه لا يقبل ان يحتل العقد مركز الصدارة فى قانون العمل بعد أن تزايدت القواعد الآمرة فى هذا العقد .

وقد ارتكز انتقاد التعريف السابق على اساس أن هذا التعريف ينظر الى تشريع العمل كجزء من قانون العقود وأن هذه النظرة ان جازت فى عهد الفردية الحرة حيث كان العقد هو أساس كل تنظيم قانونى فهى لا تجوز اليوم حيث طغت القواعد الآمرة على عقد العمل وصار (عقد العمل) تنظيما قانونيا جامدا لا تملك الارادة ان تعدل الكثير من احكامه . والواقع أن الافضل أن يتضمن تعريف قانون العمل الاشارة الى روابط العمل الجماعية التى يكون الكثير منها من القواعد الآمرة لذلك فالتعريف الأفضل فى نظرنا هو أن قانون العمل هو القانون الذى ينظم عقد العمل وروابط العمل الجماعية بما يضمن حقوق العمال وضمانات التوازن بين حسن سير العمل وعدم استغلال أرباب الاعمال للعمال .

ومن الملاحظ أن كثيرا من الكتاب ينظرون الى قانون العمل على أسس مذهبية سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية خاصة بكل منهم . وقد تأثرت هذه المذاهب بنسب متفاوتة بالظروف التى كانت سائدة فى ظل مبدأ سلطان الإرادة ،

وفى ظل نظام الاقتصاد الحر وما ترتب عليها من ظهور ظواهر اجتماعية بالغة الخطورة أدت الى الكثير من الاضطرابات والفوضى واعمال العنف .

وعلى اية حال فاننا لا نستطيع الأخذ بهذه التعريفات المذهبية لقانون العمل اذ تغلب عليها الصفة السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية ومن ثم فهى تعريفات ليست قانونية بل هى بمثابة حكم مذهبى على قانون العمل فى بلد معين فى وقت معين ، أما الناحية القانونية العامة فيجب أن يعرف قانون العمل بموضوعه المباشر وهو عقد العمل وروابط العمل الجماعية .

وقد قام فى الفقه خلاف كبير حول مكان قانون العمل من فروع القانون المختلفة فذهب البعض الى انه من فروع القانون الخاص ، بينما ادخله فريق آخر فى نطاق القانون العام ، وقد رأى اتجاه ثالث فى قواعد نظام العمل أساسا منطقيا لمهاجمة التفرقة المستقرة بين القانون الخاص والقانون العام والقول بأن ظهور قانون العمل قد اثبت أن تقسيم القانون الى عام وخاص ليس هو التقسيم النهائى وأن هناك فرعا آخر من فروع القانون يسمى بالقانون الاجتماعى يضم قانون العمل .

ولا شك أن لهذا الاتجاه الأخير وجاهته ومبرراته ، ولكن مع ذلك فان الرأى الراجح يعتبر قانون العمل فرعا من القانون الخاص لأنه ينظم العلاقة بين رب العمل والعامل أى بين طرفين ليست الدولة ـ باعتبارها صاحبة السيادة ـ احدهما ، كما أن الأخذ بتقسيم ثالث يسمى القانون الاجتماعى لن ييسر دراسة القانون بقدر ما يضع من تعقيدات وصعوبات فى طريق الدراسة ، كما أنه يتجاهل ازدياد القواعد الآمرة فى اغلب فروع القانون .

المبحث الثانى : تطور نظام العمل فى المملكة العربية السعودية

ظهر نظام العمل ملازما للتطور الاقتصادى فى المملكة فى بداية ازدهار صناعة الزيت وقد صدر أول تشريع عمالى فى المملكة عام ١٣٥٦ هـ . باسم

نظام تعويض عمال المشاريع الصناعية والفنية وهو تشريع اقتصر على حماية العامل فى بدنه وتأمينه ضد اخطار الوفاة والاصابات المؤقتة والدائمة . وكان هذا النظام لا ينطبق الا على الشركات الاستثمارية أى شركات الزيت فى ذلك الوقت .

وسرعان ما ظهرت الحاجة الى تشريع أكثر شمولا وتفصيلا فصدر أول نظام متكامل للعمل فى ١٣٦١ هـ . ويعرف بنظام العمل رقم (٢) لسنة ١٣٥٩ هـ . وهى السنة التى اعد فيها مشروعه . ويتميز هذا النظام أولا باتساع دائرة تطبيقه حتى شملت المناجم والمحاجر والصناعات التحويلية واعمال البناء والنقل بكافة صوره والطباعة . .

ومن ناحية اخرى أخذ هذا النظام بكافة المبادىء الحديثة فى تشريع العمل فحدد ساعات العمل بثمانى ساعات يوميا وقرر مبدأ الاجازة الاسبوعية والعطلة السنوية بأجر كامل ومبدأ الاخطار السابق عند انهاء العقد ومبدأ التفتيش على العمل الذى كانت تتولاه وزارة المالية ، وكذلك ألزم هذا النظام أصحاب الأعمال باسكان العمال وتقديم خدمات تجارية وترفيهية لهم وهذا فضلا عن علاجهم ولو كان المرض غير ناشىء عن اصابات صناعية . وقد كان الجزاء لمخالفة أحكام النظام هو الحبس حتى ثلاثة أشهر أو الغرامة حتى ألف ريال .

وباطراد التقدم الصناعى والحضارى فى المملكة أصبح من المتعين وضع تشريع عمالى شامل فصدر بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية نظام العمل والعمال لسنة ١٣٦٦ هـ . فى ستين مادة . وقد الغى هذا النظام النظامين السابقين ولكنه نقل الكثير من احكامها . وأهم ما يتميز به هذا النظام هو شمول أحكامه لكافة العاملين فى المشاريع الصناعية والتجارية المختلفة ووضع أحكام لحماية الأحداث وتنظيم لوائح العمل والجزاءات وانشاء نظام للتحكيم فى المنازعات العمالية وللقضاء العمالى عندما يفشل التحكيم فى حل النزاع (المادتان ٣٨ و ٤٠) وحماية المواطنين من الإساءات التى قد تقع من العمال الأجانب وتأكيد الطابع

الآمر لاحكامه وبطلان كل شرط مخالف لها (مادة ٤٣) والنص على انشاء وزارة للعمل .

وفى ظل احكام ذلك النظام صدر عام ١٣٦٨ هـ . نظام التعويضات لعمال المقاولين وهو بمثابة نظام اختيارى للتأمينات الاجتماعية . فقد أوجد هذا النظام صندوقا للتعويضات نشأ بموافقة بعض أرباب الأعمال وأصبح الانضمام اليه اختياريا من جانب أصحاب الأعمال ويتولى الصندوق صرف التعويضات المستحقة للعمال بسبب اصابات العمل .

وفى ٢/١١/٧٥ م صدر مرسوم ملكى بتحريم الاضراب والتحريض عليه وكذلك حظر التظاهر والاعتصام على مستخدمى وعمال الشركات ذوات الامتياز وعلى مستخدمى وعمال المؤسسات الخاصة التى تباشر نشاطا ذا منفعة عامة أو تقوم بتنفيذ مشروع عام لحساب الحكومة .

وقد انشئت مصلحة العمل والعمال وكان نشاطها محضورا فى المنطقة الشرقية ثم امتد الى المنطقتين الوسطى والغربية . وفى عام ١٣٨٠ هـ . انشئت وزارة العمل والشؤون الاجتماعية لتشرف على كل ما يخص العمل فى المملكة وصدر الأمر باعتبارها المرجع المختص لتطبيق نظام العمل والعمال فى ١٠ / ٢ / ١٣٨٢ هـ .

وقد صدرت عدة قرارات لحماية اليد العاملة الوطنية أهمها قرار مجلس الوزراء فى ١٣٨١/٧/١٦ هـ . الذى يقضى بعدم تشغيل أى موظف اجنبى فى الوظائف العادية وقرار وزير العمل فى ١٣٨١/٣/١ هـ . الذى يقضى بألا تقل نسبة العمال والموظفين السعوديين فى أية مؤسسة أو شركة أو لدى أى صاحب عمل عن ٧٠ ٪ من مجموع العمال والعاملين فى عمل واحد ومكان واحد .

وقد شكلت لجنة عليا لنظر الخلافات والقضايا العمالية والبت فيها بصفة قطعية نهائية بقرار مجلس الوزراء رقم ٦٤٣ فى ١٣٨٢/١٢/٢٩ هـ . وقد توج هذا التطور الطويل صدور نظام العمل والعمال ونظام التأمينات الاجتماعية فى ١٣٨٩/٩/١٩ هـ .

كما صدرت لائحة بالمرافعات وبإجراءات المصالحة والتحكيم أمام اللجان الابتدائية واللجنة العليا بقرار مجلس الوزراء رقم ١ فى ٣ و١٣٩٠/١/٤ هـ . وكذلك صدرت اللائحة التنفيذية لضبط وتنظيم أعمال تفتيش العمل بقرار مجلس الوزراء رقم ٤٤٤ فى ١٣٩٠/٥/٣ هـ .

وصدرت اللائحة النموذجية للجزاءات والمكافآت بقرار وزير العمل رقم ١١٩ وتاريخ ١٣٩٠/٤/١٢ هـ . وقد صدر فضلا عن ذلك جدول الامراض المهنية الملحق بقانون التأمينات الاجتماعية بقرار من مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ وتاريخ ١٣٨٩/١١/٢١ هـ . هذا بالاضافة الى قرارى وزير العمل رقم ١ تأمينات فى ١٣٩٢/٩/١١ هـ . بشأن قواعد تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية . ورقم (٢) تأمينات فى ١٣٩٢/٩/١١ هـ . بشأن اصدار اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية .

المبحث الثالث : الخصائص الفنية لنظام العمل

المطلب الأول

تعلق أحكام نظام العمل بالنظام العام .

ظهر قانون العمل أصلا ليضع حدا لعدم التوازن بين طرفى عقد العمل ، فالعامل دائما فى موقف الطرف الضعيف . وما دام الأمر كذلك فانه من الطبيعى أن تكون الكثير من قواعد هذا القانون ذات صبغة آمرة لا يصح الاتفاق على مخالفتها ، كما أنه نظام اقليمى التطبيق .

ويرجع تعلق الكثير من قواعد هذا القانون بالنظام العام الى الأهمية الاجتماعية التى يهدف هذا القانون الى تحقيقها .

ويدعم الصبغة الآمرة لنظام العمل ما لجأ اليه المشروع من وضع عقوبات

جنائية على مخالفة احكامه ، فقد تضمن نظام العمل السعودى فى الفصل الثانى عشر منه وفى المواد من (١٨٩) الى (٢٠٨) عقوبات جزائية توقع على المخالفين لبعض قواعده .

كذلك تنص المادة (٦/ ٢) من النظام المذكور على بطلان كل شرط يرد فى قانون العمل يتنازل بموجبه العامل عن حق مقرر له بمقتضى النظام .

بالاضافة الى ذلك فإن القاعدة العامة أن يعتبر تطبيق قواعد نظام العمل ذا أثر فورى ومباشر ما لم ينص المشرّع صراحة على العكس . ولضمان احترام قانون العمل توجد فى كل الدول ادارات خاصة للتفتيش والتحقق من اتباع احكام القانون فى المنشآت الخاضعة لها ويكون لموظفى هذه الادارة صفة الضبطية القضائية فى اثبات المخالفات .

المطلب الثانى

نظام العمل نظام حديث النشأة دائم التطور .

ظهر قانون العمل فى مختلف الدول ، ليواجه الظروف القاسية التى يعمل فيها العمال ، وليضع حدا للظلم الاجتماعى الذى أصابهم فى اعقاب الثورة الصناعية وقد تطور قانون العمل تطورا كبيرا منذ نشأته . واذا كان قانون العمل قانوناً حديث النشأة لم يكتمل نموه بعد بل هو فى تطور دائم فإن الظاهرة العامة الآن هى ميل هذا القانون الى التوسع بلا انقطاع فقد بدأ قانون العمل فرض نطاقه على جوانب محددة من النشاط الصناعىّ ثم اتسع مجال تطبيقه تدريجيا ، وامتد الى العديد من النشاط المهنى ، كما أنه طور بين قواعده احكام التأمينات الاجتماعية قبل أن تصبح نظاما متكاملا مستقلا وقد ترتب على هذه الحقيقة من الناحية الفنية صعوبة وضع ضابط موحد أو فكرة واحدة ترسم نطاق هذا القانون وتنتظم كل الجزئيات والصور التى يشملها ، وصعوبة تقنينه لأن التقنين مرحلة متأخرة فى حياة القوانين لا تبلغها الا بعد تطور طويل وبعد أن تتضح قواعدها وتستقر .

المطلب الثالث

نظام العمل يتسم بالواقعية .

واذا كانت قواعد نظام العمل حديثة النشأة دائبة التطور ، ويتجه المشرّع بتنظيمه الآمر الى مراعاة مقتضيات التطور الاجتماعى والاقتصادىّ أولا بأول إلاّ أنّ تنظيم المشرّع لأحكام نظام العمل يتسمّ بالواقعيّة وينفر من التجريد والتعميم المطلق فيضع قواعد لا تتماثل فيما تتضمنه من احكام فى كثير من الحالات . .

فالنظام أو القانون لا ينظر الى العمل نظرة مجردة ولا يضع قواعد عامة تنتظم كل صورة بل يضع لكل صورة من هذه الصور التى لا تقع تحت حصر ما يلائمها من تنظيم . فظروف العمل فى الصناعة تختلف كل الاختلاف عن ظروف العمل الزراعى أو الخدمة المنزلية ، ولذلك كان لكل من هذه الاعمال قواعد مختلفة وأرباب العمل لا يتساوون من حيث المركز الاقتصادى ولذلك يفرض المشرع على كبارهم ـ بالنسبة للعمال ـ ما لا يفرضه على صغارهم من التزامات .

وظروف الرجل العامل تختلف عن ظروف الحدث العامل أو المرأة العاملة ومن ثم ينفرد كل بالاحكام والقواعد التى تلائمه ،وكذلك يراعى المشرع فيما يضعه من تنظيم تفاوت أقاليم الدولة من حيث الثروة فيفرق بينها فى المعاملة وفى سريان بعض قواعد نظام العمل عليها .

وقد يؤدى هذا الطابع الواقعى لنظام العمل الى نتائج لا تقبلها عمومية وتجريد القواعد القانونية كما لا تتفق مع العدالة ، ومن امثلة ذلك التفرقة فى الحقوق والضمانات التى يتمتع بها عمال المنشأة الكبيرة والتى تزيد عما يتمتع به عمال المنشأة الصغيرة وهى تفرقة أساسية لها تطبيقات كثيرة فى قانون العمل . هذه التفرقة ـ ان كانت غير منطقية ـ تترجم حقيقة هامة هى أن الأساس الإنسانى أو العدالة لا يحكمان وحدهما نظام العمل بل أن الاعتبارات

الاقتصادية والرغبة فى الإبقاء على المنشأة الصغيرة التى تنوء بالاعباء التى تتحملها المنشأة الكبيرة هى الذى تحدو بالمشرّع الى وضع هذه التفرقة .

ونتيجة لهذا الطابع الواقعى لنظام العمل فإن الدور الذى تلعبه السلطة التنفيذية فى تحديد نطاق تطبيق احكام النظام بالغ الأهمية ، فالمشرّع يضع مبدأ عاما ويترك للادارة ـ بقرارات وزارية ـ سلطة تعيين الحلات التى يجب أن تنطبق عليها هذه القاعدة العامّة وهذا ما فعله النظام فى كثير من الصور حتى يكفل لنظام العمل هذا الطابع الواقعى من ناحية وحتى يمكن ان تتطور احكامه فى مرونة وفى سرعة من ناحية أخرى . ويعتبر التفتيش على شؤون العمل الذى تقوم به وزارة العمل والشؤون الاجتماعية من اهم الأمور اذ بدونها لا يمكن وضع نظام العمل موضع التنفيذ والتطبيق .

المطلب الرابع

يتميز نظام العمل بقواعد وصياغة خاصة

ومع أن قانون العمل هو جزء من القانون الخاص فانه يتميز لخصائصه سالفة الذكر بأحكام وصياغة خاصة ، ، فمن حيث تكوين العقد نجد أن عقد العمل يتميز بقواعد خاصة من حيث الاهلية اللازمة لصحته ، ومن حيث عنصر الرضا نرى أن هذا العقد يتميز أيضا بأحكام خاصة منها أن صاحب العمل قد يلزم بأن يقرر رفضه التعاقد مع العامل الذى يتقدم للعمل عنده ، كذلك لا ينتج بطلان عقد العمل الا آثارا محدودة لا تقارن بآثار البطلان فى غيره من العقود .

كذلك فمن حيث آثار العقد فإن لنظام العمل أحكامه الخاصة أيضا ، فعقود العمل تستمر بقوة النظام بين العمال والمالك الجديد للمنشأة فى حالة بيعها خلافا لمبدأ نسبية العقد ، كذلك يخضع دين الأجر لقواعد خاصة تميزه عن غيره من الديون الى غير ذلك من الاحكام التى تميز عقد العمل وتخضعه لقواعد خاصة وصياغة ذات طابع أصيل .

ويذهب الرأى الراجح الى خضوع تفسير نظام العمل للقواعد العامة فى تفسير القانون ، ويرى البعض أن قاعدة تفسير الشك لمصلحة العامل فى هذا النظام قاعدة يستقل بها تفسير نظام العمل ، فالواقع أنه لما كان المشرّع قد أعرب عن نيته فى التدخل لحماية العمال فإن هذه القاعدة اهتداء بقصد المشرع . والواقع انه يجب مراعاة أن نظام العمل يهدف الى اقامة توازن بين مصالح العمال ومصالح أرباب الأعمال والمصلحة العامة ، ومن ثم لا يجوز أن نهدم هذا التوازن عن طريق التفسير الجامد الذى يراعى بصفة مطلقة مصلحة العمال ويغفل مصالح أرباب الأعمال والمصلحة العامة .

بالاضافة الى ما تقدم فمما يؤكد استقلال نظام العمل بقواعد وصياغة خاصة أنه افرد قواعد خاصة تيسر التقاضى وتحسم النزاعات التى تقوم بشأن تطبيق قواعده بسرعة وسهولة وفى يسر ، وهو ما بين من الاطلاع على القواعد التى تضمنّها نظام العمل السعودى فى الفصل الحادى عشر وفى المواد من ١٧٠ الى ١٨٨ .

الفصل الثانى
مصادر نظام العمل

المبحث الأول : المصادر الرسمية

نظرا لطبيعة قانون العمل ، فانه يستمد قواعده من مصادر متعددة ، وبعض تلك المصادر غير معروف فى أى فرع آخر من فروع القانون ، فنجد أحيانا من بين مصادر نظام العمل مصادر خارجية فى شكل المعاهدات والاتفاقات الدولية ، كما نجد مصادر داخلية رسمية ثم مصادر داخلية غير رسمية .

وقد ظهرت المعاهدات والاتفاقات الدولية ، التى يكون موضوعها تنظيم جانب أو أكثر من جوانب علاقات العمل منذ فترة من الوقت : وينتظر زيادة

أهمية المصادر الخارجية كلما زاد التعامل بين الدول . وقد ظهرت عدة محاولات لتدويل تشريعات العمل ولكنها لم تصل بعد الى غايتها المنشودة ولم تحقق بعد ما تصبو اليه .

ومن الجدير بالذكر أن أحكام نظام العمل السعودى تتفق مع المبادىء العامة المقررة فى الشريعة الاسلامية لاجارة الأشخاص ، فالاجارة عند الفقهاء المسلمين مشتقة من الأجر أو العوض وهى عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا مدة معلومة بعوض معلوم ويشترط لصحتها ثلاثة شروط أولها معرفة الأجر لقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره والشرط الثانى معرفة المنفعة المعقود عليها عرفا أو وصفا والشرط الثالث أن تكون منفعة مباحة .

وقد جاء فى المغنى لابن قدامه : (أن الاجارة اذا وقعت على مدة وجب أن تكون معلومة ، كشهر أو سنة ، لأن المدة هى الضابطة للمعقود عليه ، المعرفة له ، فوجب أن تكون معلومة . ويشترط كذلك فى عوض الإجارة أن يكون معلوما ، وذلك لأنه عوض فى عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوما . واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملة فى وقت العقد الا أن يشترط آجلا . وعلى هذا فإن الأجير يستحق الأجرة بمجرد العقد اذا اطلق ولم يشترط المستأجرآجلا ، فقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : (اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) . أما اذا اشترط تأجيل الأجر فهو الى أجله .

والعامل والأجير نوعان : خاص ومشترك . فالأجير الخاص هو الذى استؤجر على أن يعمل لرب عمل واحد ، وتقدر منفعته بالزمن ، كاليومية أو الشهرية . والأجير المشترك هو الذى لا يختص برب عمل واحد ، بل يتقبل العمل من كثيرين ، كالحمال والدلال والخياط والساعاتى وأمثالهم .

وليس للأجير الخاص عند فقهاء المسلمين أن ينيب عنه غيره فى العمل ، لأن الإجارة متعلقة بشخصه . ويستحق الأجير الخاص الأجرة بمجرد حضوره للعمل فى مدة الإجارة ، بدون أن يشترط عمله بالفعل . ولكن ليس له أن يمتنع

عن العمل ، حتى اذا امتنع فلا يستحق الأجرة . أما الأجير المشترك فلا يستحق الأجرة الا بالعمل ، ولكن يجوز له الاستنابة فى عمله .

ولا يضمن الأجير الخاص ما أتلفه من الأشياء التى يعمل عليها ، الا اذا تعمد الإتلاف أو فرط فانه يضمن . أما الأجير المشترك فيضمن ما تلف بعمله ، سواء كان متعمدا أو مقصرا أو لم يكن ، والأجير فى مطلق الأحوال مؤتمن ، فيكون النماء فى يده أمانة كأصله .

كذلك يرى فقهاء المسلمين أن الإجارة عقد يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر .

وأول المصادر الرسمية لنظام العمل فى المملكة التشريع الذى لا تختلف احكامه كما قدمنا مع مبادىء الشريعة الاسلامية .

التشريع : هو المصدر الأول والرئيسى لقانون العمل فى الوقت الحاضر ، ويقصد بالتشريع هنا التشريع بجميع مراتبه ودرجاته بما فى ذلك اللوائح التنفيذية . والتشريع الأساسى المعمول به حاليا فى المملكة العربية السعودية هو نظام العمل والعمال الصادر فى ١٩ سبتمبر ١٣٨٩ هـ . بالاضافة الى جميع القواعد المكملة والمعدلة واللوائح التنفيذية .

العرف : لم يعد للعرف الا أهمية ضئيلة كمصدر لقانون العمل نظرا لإزدياد النشاط التشريعى وامتداده الى التفاصيل فضلا عن أن عقود العمل وما يلحق بها من لوائح داخلية تعالج التفاصيل ولا تترك للعرف الا مجالا ضيقا . ومع ذلك فما زالت للعرف فى صورته ـ عرف المهنة وعرف الجهة أى المعرف المحلى ـ أهميته لذا تحيل اليه كثير من النصوص المنظمة لعقد العمل من أبرزها نص المادة (١٨٥) من نظام العمل والعمال التى تلزم القاضى فى بعض الأحوال بالقضاء وفقا لقواعد العرف ولذا فانه يعد مصدرا رسميا لنظام العمل والعمال .

المبحث الثاني : المصادر التفسيرية الداخلية لنظام العمل .

١ ـ القضاء : للقضاء أهمية كبيرة بين مصادر قانون العمل ، وفى كثير من الدول يوجد لمنازعات العمل قضاء تحكيمى خاص الى جانب القضاء العادى . ويتمتع هذا القضاء التحكيمى بتشكيل خاص اذ يشترك العمال فى تكوينه وهو يهتدى فى احكامه بالعرف ومقتضيات المهنة والعدالة وقد دلت التجربة فى فرنسا على أنه كان أدق فهما لمقتضيات قانون العمل من القضاء المدنى .

وقد وجد فى المملكة نظام للتحكيم وقضاء خاص بالمنازعات العمالية فى ظل نظام ١٣٦٦ هـ . ثم انشأ النظام الحالى لجان تسوية الخلافات العمالية فى المواد ١٧٢ ـ ١٨٢ منه : وتختص هذه اللجان وحدها دون غيرها بالنظر فى جميع الخلافات المتعلقة بعقود العمل (مادة ١٧٩) ولذلك يتعين على أى محكمة أخرى يرفع اليها نزاع عمالى أن تقضى بعدم اختصاصها بنظره وتأكيدا لذلك جاء فى خطاب رئيس مجلس الوزراء الى وزير العمل والشؤون الاجتماعية رقم ١٠٠٦ بتاريخ ٨٣/١/١٢ هـ . انه : بما ان الحكم النظامى قد أثبت حقوق العامل وقدرها فلا ينظر الى حكم القاضى ويعمل بما أثبته الحكم النظامى لأن نظام العمل قد كفل حقوق العمال دون الرجوع الى المحاكم .

ومن المسلم به أن تطبقّ هذه اللجان أحكام نظام العمل والعمال فإن لم تجد فى أحكامه ما ينطبق على النزاع المطروح فإنها تطبق أحكام مبادىء الشريعة الاسلامية والقواعد المحلية وما استقرت عليه السوابق القضائية ، ومبادىء الحق والعرف وقواعد العدالة (مادة ١٨٥) . وتنظر هذه اللجان الخلافات العمالية على درجتين درجة ابتدائية وتباشرها اللجان الإبتدائية ، وهناك لجنة عليا تستأنف أمامها أحكام اللجان الإبتدائية القابلة للاستئناف . ويجيز النظام أن يستعيض أطراف النزاع عن التقاضى أمام هذه اللجان بالاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم مادة (١٨٣) ويجوز استئناف حكم المحكمين أمام اللجنة

العليا ما لم يتفق فى صك التحكيم على أن حكمهم يكون قطعيا ونهائيا .

هذا وتتميز الاجراءات فى منازعات العمل بأحكام خاصة ترعى مصلحة العاملين : فالدعوى تنظر على وجه الاستعجال (انظر المواد ٢٦ ، ٣٨ من اللائحة والمادة (١٨ من النظام) .

٢ ـ الفقه : أما الفقه فما زال فى بداية نشاطه وإن كانت قد صدرت بعض المؤلفات فى خلال السنوات الأخيرة فى مصر كما صدرت بعض المؤلفات الأخرى فى بعض البلاد العربية .

المبحث الثالث : المصادر الدولية لنظام العمل

نظرا لأن قانون العمل من فروع القانون التى يمكن أن تتخذ صبغة داخلية بحتة ، فقد ظهرت الحاجة الى تنسيق قوانين العمل المختلفة ووضع أسس مشتركة لها تسير عليها الدول ولا سيما تلك التى تتنافس فى الميدان الصناعى العالمى . ولذلك ظهر الاتجاه نحو تدويل قانون العمل ـ أو على الأقل توحيد أسسه وموجهاته العامة ـ منذ القرن التاسع عشر . وقد كانت أول هيئة تكونت لتحقيق هذه الاهداف هى (الجمعية الدولية للحماية التشريعية للعمال) التى انشئت فى بال عام ١٩٠١ م والتى استطاعت ان تحقق بعض النتائج ولا سيما بالنسبة لتحريم عمل النساء ليلا فى الصناعة .

ولكن النشاط فى النطاق الدولى لقانون العمل لم يبدأ بصفة فعالة الا بعد الحرب العالمية الاولى حيث انشأت هيئة العمل الدولية التى نص عليها فى معاهدات الصلح والتى كانت منظمة ملحقة بعصبة الأمم ثم استقلت هذه الهيئة عن عصبة الأمم تدريجيا من حيث شروط عضويتها ومن حيث ماليتها ، وقد سمح لها هذا الانفصال بالبقاء والنشاط حتى اثناء الحرب العالمية الثانية وبعد زوال عصبة الأمم . وفى عام ١٩٤٦ م تم الاتفاق بين هيئة العمل الدولية وبين المجلس الاقتصادى والاجتماعى التابع لهيئة الأمم المتحدة على الاعتراف بالهيئة

كمنظمة متخصصة متعاونة مع الأمم . وتتكون هذه الهيئة من مؤتمر العمل الدولى ومكتب العمل الدولى ومجلس ادارتها .

وقد وضعت هذه الهيئة مشروعات اتفاقيات مفتوحة يجوز لكل الدول الانضمام اليها . كما اصدرت العديد من التوصيات بناء على ما تقوم به من دراسات فى مجال اختصاصها . ويمكن القول إنّ نشاط هذه الهيئة قد تناول جميع جوانب قانون العمل بهدف توحيد الأسس التى يقوم عليها قانون العمل فى الدول المختلفة .

والى جوار اتفاقيات العمل الدولية فان بعض الدول تنظم اوضاع العمال التابعين لها باتفاقيات دولية ثنائية .

هذا ومن الجدير بالذكر أن المصادر الدولية لنظام العمل تزداد أهميتها بازدياد التعامل بين الدول وباتجاه الكثير من الدول الى فتح حدودها أمام التجارة والتعاون الدوليين .

الفصل الثالث
العناصر المميزة لعقد العمل

عقد العمل عبارة عن اتفاق يتعهد بمقتضاه العامل بأن يضع جهده تحت تصرف رب العمل وأن تربطه به رابطة تبعية فى مقابل أجر . وقد نصت المادة (٧٠) من النظام على أن عقد العمل (عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت ادارة صاحب العمل أو اشرافه مقابل أجر ويتضمن شروط العمل المتفق عليها بينهما وذلك لمدة محددة أو غير محددة أو من أجل القيام بعمل معين) . وتتضمن المادة (٢) من النظام تعريفا اكثر ايجازا اذ تنص على أن النظام يسرى على كل عقد يتعهد بمقتضاه أى شخص بأن يعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت ادارته أو إشرافه مقابل أجر .

ويبين من هذا التعريف أن لعقد العمل ثلاث خصائص أساسية أولها أنه عقد يرد على العمل أى على عمل الأنسان وبذلك يختلف عن العقود الأخرى التى ترد على الأشياء المادية سواء على ملكيتها كالبيع أم على الانتفاع بها كعقد الإيجار. وثانيها أن الذى يلتزم بأداء العمل انما يؤديه تحت ادارة واشراف الطرف الآخر وهذا هو عنصر التبعية فى عقد العمل الذى يميزه عن غيره من العقود الواردة على العمل. وأخيرا يجب أن يكون أداء العمل مقابل أجر يلتزم به رب العمل.

المبحث الأول: عُنصُر العَمَل

من التعريف سالف الذكر يتضح لنا أن عقد العمل يرد على العمل الإنسانيّ ولذا فهو يختلف عن العقود الواردة على الأشياء المادية وفى مقدمتها عقد البيع.

ويختلط عقد العمل بعقد البيع فى الفروض التى يقدم فيها العامل فضلا عن التزامه بالعمل المواد التى يجرى عليها العمل أو بعضها كما هو الحال مثلا بالنسبة للخياط الذى يبيع القماش الى العميل فضلا عن صنع الحلة منه أو بالنسبة للتاجر الذى يبيع الخشب فضلا عن أجر صناعته أو بالنسبة لغير ذلك من الصور. ويميل الرأى الغالب فى الفقه الفرنسّى الى اعتبار العقد فى هذه الفروض من قبيل البيع الا اذا كانت قيمة العمل تفوق بكثير قيمة المواد المقدمة ففى هذه الحالة لا يكون العقد بيعا بل يكون عقد عمل أو عقد مقاولة تبعا لما اذا توافر عنصر التبعية المميز لعقد العمل أم لا. وهذا ما يأخذ به جانب من الفقه فى مصر وبعض البلاد العربيّة الأخرى.

هذا ومن الجدير بالذكر انه لا يتصور فى العامل الا أن يكون شخصا طبيعيا أما التعاقد مع الأشخاص الاعتباريين على أداء بعض الاعمال فيكون عقد مقاولة ولا يعتبر عقد عمل.

المبحث الثاني : عُنصُر التبعيَة

يتضح لنا من تعريف عقد العمل ضرورة أداء العامل عمله تحت ادارة واشراف رب العمل وهو ما يسمى بعنصر التبعية ، ويعتبر عنصر التبعية والخضوع هو المميز الأساسى لعقد العمل ويكاد يكون هو وحده الذى يحل مشكلة تكييف العقد متى عرضت فى العمل . وقد أبرز المشرع هذا العنصر فى تعريفه لعقد العمل الذى يتعهد فيه أحد الطرفين بالعمل ا لمصلحة المتعاقد الآخر وتحت (ادارته) أو (اشرافه) .

والتبعية التى تميز عقد العمل تتمثل فى حق رب العمل فى اصدار أوامر للعامل تجب عليه طاعتها فى تنفيذه للعمل وفى حقه توقيع الجزاء على العامل اذا لم ينفذ هذه الأوامر . وقد جعل القضاء ـ فى فرنسا وفى مصر ـ من عنصر التبعية هذا المعيار فى وصف العقد بحيث اذا ثبت أن رب العمل يتمتع قبل العامل بهذه السلطة فيراقب قيامه بالعمل ويصدر اليه أوامر يرى الآخر نفسه ملزما باتباعها نكون بصدد عقد عمل .

ويرى فريق من الفقهاء ان فكرة التبعية بمعناها القانونى لا تكفى مميزا لعقد العمل ولذلك يجب ان نستبدل بها فكرة (التبعية الاقتصادية) . وتوجد التبعية الاقتصادية فى نظر هؤلاء الفقهاء واذا كان شخص يستنفذ كل نشاطه فى العمل لشخص آخر ويحصل من هذا الشخص على كل موارده ، وعلى ذلك يعتبر العقد بين صاحب مصنع وبعض العمال الذين يعملون فى بيوتهم دون رقابة أو اشراف منه عقد عمل لقيام التبعية بمعناها الاقتصادى وان انتفعت بمعناها القانونى .

وقد لاقت فكرة التبعية الاقتصادية بعض النجاح وتأثر بها المشرع الفرنسى فعلا ولكن الفقه فى جملته لا يأخذ بها لأنها تربط التكييف القانونى للعقد بعناصر غير قانونية بل اقتصادية محضة وقد تأثر المشرع السعودى بفكرة التبعية الاقتصادية .

وقد استقر الفقه على كفاية التبعية التنظيمية لقيام عقد العمل وعلى أنها

الحد الأدنى من التبعية الذى لا يمكن النزول عنه دون القضاء على عنصر التبعية المميز لعقد العمل ، ولا شك ان التبعية الفنية ليست شرطا لازما فقد لا تكون لرب العمل أية دراية فنية بالعمل شأنه فى ذلك شأن المتبوع الذى يسأل عن اخطاء تابعه ولو كان لا يلم بحقيقة عمل هذا التابع . ويبدو من صياغة المادتين (٢) و (٧٠) من نظام العمل والعمال أنهما تكتفيان بالتبعية التنظيمية .

المبحث الثالث : التمييز بين عقد العمل وغيره من العقود

المطلب الأول

التمييز بين عقد العمل وعقد المقاولة

يختلط عقد العمل فى كثير من الاحوال بعقد المقاولة . تثور الصعوبة عند محاولة التمييز بينهما ، فعقد المقاولة هو اقرب العقود الى عقد العمل لأنه عقد يرد على العمل المادى كعقد العمل ، وهو عقد يبرم بين صاحب العمل والمقاول يتعهد المقاول بمقتضاه أن يصنع شيئا أو ينجز عملا فى مقابل مبلغ من المال . وقد فرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين عقد المقاولة وعقد العمل بالنسبة فذكروا أن الأجير المشترك أو المقاول لا يستحق أجره الا فى مقابل عمل فعلى يتم اداؤه ، أما الأجير الخاص أو العامل فيستحق أجره اذا كان تحت تصرف رب العمل ولو لم يؤد عملا بالفعل [١] .

ويبين من تعريف كل من عقد العمل وعقد المقاولة ومدى الصعوبة التى تثور احيانا للتفرقة بين العقدين . ومع ذلك فان التفرقة بينهما بالغة الأهمية لاختلاف النتائج والآثار التى تترتب على كل منهما لاختلاف النظام القانونى

(١) انظر مجموعة فتاوى ابن تيمية المجلد ٣٠ ص ١٨٢ .

الذى يخضع له العامل عن النظام القانونى الذى يخضع له المقاول ، فالقانون يحيط العامل فى علاقته برب العمل برعاية لا يتمتع بها المقاول فى علاقته بمن يتعاقد معه وخاصة فيما يتعلق بسلامة العامل وأجره وحقه فى المكافأة والحق فى احترام مدة الاخطار السابق ، وبينما يعتبر العامل تابعا لرب العمل الذى يسأل عن اخطائه مسئوليّة المتبوع ـ لا يعتبر المقاول تابعا لصاحب العمل ولا يتحمل رب العمل أيّة مسئولية عن افعاله ، وأخيرا لا يتحمل العامل تبعة هلاك الشيء الذى يقع عليه عمله ولا يحول هلاكه دون استحقاقه للأجر بينما تكون تبعة الهلاك فى عقد المقاولة على المقاول وحده .

وقد قدم الفقهاء معايير كثيرة للتفرقة بين العقدين ومن ذلك المعيار المستمد من محل العقد فاذا كان العامل يوجّر خدماته فى عقد العمل ويضع تحت تصرف رب العمل قدرته على العمل فان المقاول لا يلتزم بتقديم عمله بل يلتزم بتحقيق نتيجة معينة هى موضوع التزامه بمقتضى عقد المقاولة .

وقد رأى بعض الفقهاء ان المعيار الذى يفرق بين العقدين هو معيار كيفية تحديد الأجر ، فاذا كان اجر العامل يتحدد عن كل وحدة زمنية كالساعة او اليوم او الشهر فان اجر المقاول يتحدد تبعا لأهمية النتيجة التى التزم بتحقيقها وفقا للعقد .

اما المعيار الذى استقر فى التفرقة بين عقد العمل والمقاولة واطرد القضاء على الأخذ به فهو معيار التبعية إذ يتميز عقد العمل عن عقد المقاولة برابطة التبعية التى تقوم بين العامل ورب العمل بينما تنعدم هذه التبعية فى عقد المقاولة الذى يحتفظ المقاول فيه باستقلاله فى ادارة العمل .

وقد استقرت محكمة النقض المصرية على الأخذ بهذا المعيار ، كما استقرت على الأخذ به كذلك محكمة النقض فى سوريا ، ومحكمة النقض الفرنسية[1] .

---

١ ـ انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٦٣/٢/١٣ م وحكم محكمة النقض السورية الصادر فى ١٩٦٠/١٠/٣١ م وحكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة الاجتماعية فى ١٩٦١/١٢/١م وانظر كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية الصادر بتاريخ ١٩٤٧/٦/٢٠م .

واذا كان المرجع فى تمييز العقدين هو الى وجود او انعدام رابطة التبعية فان هذا لا يقلل من اهمية العناصر الأخرى كطريقة تحديد الأجر فى تمييز كل من العقدين عند الاخر ، بل على العكس كثيرا ما يصعب على القاضى تبين ما اذا كانت سلطة التوجيه ثابتة لأحد الطرفين على الاخر ام غير ثابتة ولا سيما اذا كان هذا التوجيه يتخذ صورة مخففة تثير الشك فى وجوده . لذلك فمن الضرورى ان تكون هناك عناصر تكميلية ترجح لدى القاضى وجود أحد العقدين .

وفى هذه الحالات ينصب بحث القاضى على ادارة الطرفين كما تبدو من مجموع ظروف انعقاد العقد وتنفيذه والقرائن المختلفة التى يستشف منها القاضى طبيعة العقد موضوع النزاع .

المطلب الثانى

العقود التى تبرم مع اصحاب المهن الحرة

اثارت العقود التى تعقد مع اصحاب المهن الحرة خلافات فى الرأى بين الكتّاب وخاصة بشأن مهنة الطبّ ، وذلك بعد أن استقرّ الرأى الى اعتبارها مهنة يمكن ان يخضع النشاط البشرى فيها للعلاقات القانونية ، وقد استقر الرأى فى القرن التاسع عشر على انها خدمة لا تقدم بمال ، ومن ثم فهى تخرج عن دائرة التعامل فالطبيب يعالج المريض طبقا لقواعد علم الطب ، ولا يتلقى أىّ تعليمات أو توجيهات فى هذا الخصوص والا ادى ذلك الى اهدار كرامة الطب اذ ان هناك تعارضا ادبيا بين طبيعة المهنة وبين فكرة التبعية . على اية حال فقد استقر الرأى بعد ذلك على انه يجوز قيام عقد عمل يكون الطبيب طرفا فيه كما لو كان العقد مبرما بين طبيب ومستشفى ، او بين طبيبين ، اذ ان الاشراف فى مثل هاتين الحالتين لن يؤدى الى تعارض مع اصول الطب ، وهذه هى القاعدة التى تنطبق على باقى المهن الحرة الأخرى .

وتتميز المهن الحرة عن غيرها بوجه عام على المهارة الشخصية لمن يمارسها وعلى

ثقة الناس فى مقدرته وكفاءته وتفترض قدرا لازما من الترفع عن المادة . وهى فى التصوير الحديث تتميز عن غيرها من حيث انها تنصب على مصالح يضعها العملاء بين يدى ممارس المهنة الحرة وتحت رعايتّه وهذه المصالح ذات طابع شخصى خاص لصيق بشخص الانسان ذاته .

وقد جرى العرف على ان يدخل فى عداد المهن الحرة المحاماة والطب والتعليم على وجه الخصوص .

واهم ما تتميزّ به المهن الحرة هو انها تقوم على استقلال كامل لم يباشرها فلا يخضع فى عمله الا لعمله ولضميره ولتقاليد المهنة المستقرة . وعنصر الاستقلال هذا هو نتيجة طبيعية لائتمان ممارس المهنة على المصالح الذاتيّة لعملائه اذ لا يمكن ان يأتمن العميل من يمارس المهنة الحرة اذا كان يخضع لتوجيه من شخص اخر .

وقد اثارت الأوضاع القانونية للعقود التى يبرمها القانون جدلا كبيرا فى الفقه ايضا وقد اشترط القضاء فى فرنسا ليصبح عقد الفنان عقد عمل خضوع الفنان للرقابة الفنية ولكن هذا الحكم مفتقد والرأى الراجح فى الفقه انه تطبيقا للقواعد العامة لا يشترط لاعتبار هذا العقد عقد عمل الا قيام التبعية التنظيمية فقط دون التبعة الفنية .

المطلب الثالث

التمييز بين عقد العمل وعقد الوكالة

يختلط عقد العمل كذلك فى كثير من الأحوال بعقد الوكالة ، بالرغم من ان الوكالة فى الأصل تفضلية بينما يعتبر الأجر من أركان عقد العمل ، كذلك تجوز مراجعة اجر الوكيل لزيادته او لانقاصه بينما لا يعترف القانون للقضاء بهذا الحق فيما يتعلق بأجر العامل ، هذا كله بالاضافة الى ان الضمانات الخاصة التى احاط بها القانون العامل لم تتقرر للوكيل ، فحماية اجر العامل بجعله دينا ممتازا وتقرير عدم جواز الحجز عليه هى حماية لا يحظى بها اجر الوكيل ، فحماية اجر العامل

بجعله دينا ممتازا وتقرير عدم جواز الحجز عليه هى حماية لا يحظى بها أجر الوكيل ، والتزام رب العمل بتعويض اصابات العمل ليس له ما يقابله على عاتق الموكل . واخيرا يتمتع العامل عند انتهاء العقد بحماية تفوق تلك التى قررها القانون للوكيل ، فى حالة عزله ، هذا فضلا عن ان الوكالة تنتهى بموت الموكل بينما لا ينتهى عقد العمل فى الأصل بموت رب العمل .

وقد عرف الفقهاء المسلمون الوكالة بأنها تفويض احد امره لاخر واقامته مكانه ، وقد اتجّهت معظم القوانين الوضعية الى تعريفها بأنها عقد يلتزم الوكيل بمقتضاه بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل وقد ورد هذا المعنى على وجه الخصوص فى تعريف القانون الفرنسى للوكالة وفى كل من المادة (٦٩٩) من القانون المصرى والمادة (٦٦٥) من القانون المدنى السورى ، وتضمنته كذلك الكثير من مجموعات القوانين المدنية للبلاد العربية .

واول ما يرجع اليه للتفرقة بين العقدين ، هو طبيعة العمل موضوع العقد ، فاذا كان هذا العمل من طبيعة قانونية فالعقد وكالة ومعيار طبيعة العمل هو المستقر فى الفقه الحديث وهو الذى تأخذ به ايضا التقنينات المدنية التى سبق ذكرها والتى تعرف الوكالة بأنها عقد ينصب على القيام بعمل قانونى لحساب الغير .

اما اذا كان نفس الشخص مكلفا بالقيام بأعمال قانونية مادية فى نفس الوقت فالقاعدة هى الحكم بوجود عقدين : عقد الوكالة وعقد عمل وتطبيق احكام كل من العقدين .

ولكن اذا كان من غير الممكن فصل نطاق كل من العقدين عن الاخر فالقاعدة فى مثل هذه الحالة هى الحكم بأن الفرع يتبع الأصل واعتبار المكلف بالعمل لحساب الغير وكيلا ام لا تبعا لما اذا كان العنصر الغالب هو عنصر العمل القانونى او عنصر العمل المادى وهذه على اية حال مسألة يقدرها قاضى الموضوع [١] .

---

(١)ـ انظر فتوى مجلس الدولة المصرى الصادرة فى ١٩٥٣/٤/١٥م فى هذا الخصوص .

هذا ومن الجدير بالذكر ان التفرقة بين عقدى الوكالة والعمل قد لا تحسم وفقا للمعيار السابق الذى يعتمد على طبيعة العمل وحده بل يجب الاعتماد كذلك على عنصر التبعية ـ المميز لعقد العمل ـ فى تحديد طبيعة العقد وحسم مشكلة تكييفه .

ويجمع الفقه والقضاء على ان العقد لا يكون وكالة بل عقد عمل اذا كانت ارادة الشخص الذى يعمل لحساب الغير لا تساهم بأى دور فى تكوين العقد لأن مثل هذا الشخص لا يكون وكيلا بل رسولا يقتصر على نقل ارادة الغير نقلا ماديا بحتا . وتطبيقا لهذا المبدأ يكون البائعون فى المحلات التجارية الكبيرة ومحصلوا الترام والأتوبيس والكهرباء عمالا وكلاء عن المنشأة التجارية او عن الشركة ، والأساس القانونى لهذه النتيجة يعتمد على ان هؤلاء الأشخاص يقومون باعمال مادية بحتة وان بدت فى الظاهر اعمالا قانونية . فالتصرف القانونى فى جوهره ارادة وهذا هو ما يميز عن العمل المادى ، فاذا غاب دور هذه الارادة كان المكلف بالعمل مؤديا لعمل مادى ومن ثم يكون العقد عقد عمل لا وكالة .

المطلب الرابع

التمييز بين عقد العمل وعقد الشركة

مما لاشك فيه ان عقد العمل يختلف عن عقد الشركة اختلافا جوهريا .
فالعامل لا يتمتع بحقوق الشريك فيما يتعلق بالتوجيه والادارة ولكنه يتمتع بضمانات ليست للشريك من حيث تنظيم العمل ووقته وحماية الأجر والحقوق عند انتهاء العقد ، ويقابل عنصر التبعية المميز لعقد العمل عنصر المساواة بين الشركاء . واذا قامت الصعوبة فى تكييف العقد فى الحالات التى يكون فيها الشريك شريكا بالعمل فانه يجب التفتيش عن نية المشاركة وهى العنصر المميز لعقد الشركة . اما فى حالة عقد العمل فلا وجود لنية الاشتراك بل ان يتمتع بالسلطة الكاملة فى ادارة المشروع كما يتحمل مخاطره كاملة

ويقتصر دور العامل على تقديم عمله لقاء اجر اى انه لا يشارك فى الادارة ولا يتأثر بمصير المشروع من حيث الربح والخسارة .

ويهتم القضاء بصدد التفرقة بين العقدين بعنصر الاعفاء من الخسارة لأن الشريك لا يمكن اعفاؤه من الخسارة والا كانت الشركة باطلة ، ولا يغير من ذلك ان يكون لمن يقدم العمل حق الاشتراك فى ارباح المشروع .

ويقضى نظام العمل السعودى (المادة ٧ رقم ٦) بأن العقد يكون عقد عمل ولو كان اجر العامل ينحصر فى العمولات التى يحصل عليها . ول[illegible]د هذا النص ان النظام يجيز ان ينحصر الأجر فى نصيب من ارباح رب ال[illegible] العمولات تستحق كسبة من قيمة الصفقة بغض النظر عن الربح والخسارة . ولو كان النظام السعودى يجيز ان يكون الأجر بكامله نصيبا من ارباح رب العمل لنص ذلك صراحة كما فعل التقنين المصرى (مادة ١/٩٦٢) وينتقد البعض التقنين المصرى فى الأخذ بهذا الحل لأنه اذا كان الاشتراك فى الخسارة من صميم عقد الشركة فان عدم تحمل مخاطر المشروع من صميم عقد العمل .

وقد استقر القضاء الفرنسى على الاعتماد على معيار التبعية للتمييز بين العقدين [1] .

كما استقرّ على ذلك القضاء الانجليزى [2] وهو المعيار الذى اخذ به كذلك القضاء فى مصر وفى بعض البلاد العربية الأخرى [3] .

---

(١)ـ انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر سنة ١٩٢٤ فى هذا الخصوص والمنشور بدالوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص ٥٣٩ وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة ١٩٣٣ والمنشور فى جازيت ذيباليه سنة ١٩٣٣ الجزء الأول ص ١٠٣٦ ..

(٢)ـ اشار محمد عبد الخالق عمر الى هذا الحكم الصادلأ سنة ١٩٥١ فى مجموعته ص ١٠٧

(٣)ـ انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية الصادر فى القضية رقم ٣٧ سنة (١٩٥٤) حكم محكمة الاستئناف بنغازى الصادر فى ٢٠ مايو ١٩٦٩م ..

المبحث الرابع : عُنصُر الأَجـر

والأجر هو العنصر الثالث المميز لعقد العمل وهو لا يعتبر فقط من طبيعة العقد بل من جوهره ومستلزماته ، فاذا انعدم لا تكون بصدد عقد العمل ولكن تكون بصدد عقد تبرع او تفضل ولا يلزم ان يكون الأجر متفقا عليه صراحة او ضمنا بين الطرفين (مادة ١٢٣) من النظام فى هذه الحالـة طرق تحديـد الأجر .

وتنص المـادة (١٢٢) من النظام انه يفترض فى اداء الخدمة ان يكون باجر اذا كان قوام هذه الخدمة عملا لم تجر العادة بالتبرع به او عملا داخلا فى مهنة من أداه وهذا ما ينص عليه القانون المصرى والليبى صراحة .

وليس هذا الحكم الا تطبيقا لقواعد التغير الموضوعى للعقود وهـو ينشىء قرينة بسيطة على وجود الأجر فى الحالتين اللتين ينص عليهما .

المطلب الأول

طرق ووسائل تحديد الأجر

وتعرف المادة (٧) من النظام فى بند(٦) منها الأجر بأنه كل ما يعطى للعامل مقابل عمله بموجب عقد عمل مكتوب او غير مكتوب مهما كان نوع الأجر سواء كان نقدا او عينا مما يدفع بالشهر او بالأسبوع او باليوم او بالقطعة او بالنسبة لساعات العمل او لمقدار الانتاج سواء كان ذلك كله او بعضه من عمولات او من الهبة اذا جرى العرف بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بضبطها . وبصورة عامة يشمل الأجر جميع الزيادات والعلاوات ايا كان نوعها بما فى ذلك تعويض غلاء المعيشة وتعويض العائلة ، وكذلك تتضمن المادة (١٣٤) من النظام تفصيلا بشأن صور اخرى من المبالغ الداخلية قانونا فى معنى الأجر .

١ ـ **الأجر النقدى والأجر العينى :**

والغالب فى الأجر أن يكون نقديا ، غير أنه يجوز أن يكون الأجر عينيا كمحصولات أو سلع مصنوعة أو طعام أو سكن أو غير ذلك .

ويجوز أن يكون الأجر نقديا فى جزء منه وعينيا فى الجزء الآخر . ويغلب فى هذه الحالة أن تكون المزايا العينية التى يحصل عليها العامل مجرد مزايا تابعة تقتضيها طبيعة العمل كما هو الحال فى اسكان واطعام عمال السفن البحرية أو فى منح سكن لحارس المنزل .

٢ ـ **تحديد الأجر بحسب الوحدة الزمنية أو بالقطعة :**

وتتبع طرق مختلفة فى تحديد الأجر بحسب الزمن أى عن كل وحدة زمنية وتكون الوحدة غالبا شهرا ولكن أن تحدد بالاسبوع أو اليوم او الساعة (مادة ٧) . وقد يتحدد الأجر بالقطعة فيتفق على أجر معين عن كل وحدة يتمها العامل .

وقد يجمع بين الطريقتين فيتفق على أجر معين يحدد على أساس زمنى تضاف اليه تكملة تحدد على أساس ما تم من انتاجه من وحدات فى كل فترة زمنية وهذا ما يسمى بالأجر بالطريحة كما يمكن تحديد الأجر تبعا لمقدار الانتاج مادة (٧) .

المطلب الثانى

صور الأجر

لما كان الأجر بالغ الأهمية فى تحديد العقد ونظرا لما يتمتع به من ضمانات لذلك كان من الضرورى تحديد معيار بين الأجر وغيره من المبالغ التى تمنح للعامل . ويميل الفقه والقضاء الى الاستعانة بالقواعد العامة فى نظرية السبب لتحديد الأجر اذ ان الأجر نظير العمل والالتزام بأداء الأجر يجد سببه فى التزام العامل بأداء العمل ولذلك يعتبر من قبيل الأجر أى مبلغ يستحقه العامل ويكون سبب التزام رب العمل بأدائه هو قيام العامل بالعمل وتثير بعض صور الأجر

صعوبة تقتضى الوقوف عندها ودراستها ، وفيما يلى بعض هذه الصور .

١ ـ المنحة :

تنص المادة (١٢٤) من النظام على أنه يعتبر جزءأ لا يتجزأ من الأجر وتحسب فى تعيين القدر الجائز الحجز عليه كل منحة تعطى للعامل علاوة على المرتب وما يصرف له جزاء أمانته أو فى مقابل زيادة اعبائه العائلية وما شابه ذلك اذا كانت هذه المبالغ مقررة فى عقود العمل أو فى نظام العمل الأساسى أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءاً من الأجر لا تبرعا . والمنحة عبارة عن مبلغ اضافى يمنحه صاحب العمل لعماله زيادة على اجورهم فى مناسبات معينة ، وقد تكون المنحة مبلغا نقديا كما قد تكون عينا .

والمنحة لا صلة لها بالربح الذى يحققه المشروع ، لانها ليست مشاركة فى الأرباح ، كما أنها تختلف عن المكافأة التى يحصل عليها العامل نتيجة اجهاده فى العمل ، اذ لا ارتباط بين المنحة وبين كفاءة العامل .

والمنحة فى الأصل تبرع لا يتصور الزام صاحب العمل به وبالتالى لا يمكن الزامه بالتبرع بمبلغ معين ثابت لهؤلاء العمال . ولا يغير من ذلك تكرر منحها عاما بعد عام لأن تكرار التبرع لا يقلبه الى أن يكون أداء لالإلتزام ، ولذلك كان تحديد الوقت الذى تقلب فيه المنحة الى التزام وتعتبر تبعا لذلك جزءاً من الأجر مثيرا لكثير من الصعوبات ، وقد استعان القضاء الفرنسى فى حل هذه الصعوبات بعناصر معينة هى العمومية أى شمول المنحة لكل عمال المشروع والدوام أو الاستمرار ثم الثبات أى ثبات قيمة المنحة اذ يفهم منه أن صاحب العمل لم يكن حرا فى تحديد قدر المنحة بل كان يحترم عرفا قائما استقر على تحديد قيمتها بمبلغ معين .

أما النظام السعودى فيقرر أن المنحة لا تكون جزأ من الأجر الا فى حالتين : الأولى أن يرد النص عليها فى عقود العمل الفردية أو فى لوائح العمل بالمنشأة ، والحالة الثانية هى حالة جريان العرف بمنحها حتى اصبح العمال يعتبرونها جزأ من الأجر لا تبرعا .

٢ ـ العلاوة :

العلاوة مبلغ يدفعه رب العمل الى العامل زيادة عن الأجر الأساسى وذلك لأسباب متعددة كغلاء المعيشة أو طول مدة العمل فى المنشأة أو ازدياد الاعباء العائلية للعامل ، وقد نصت المادة ٧ فقرة (٦) على ان جميع الزيادات والعلاوات أيا كان نوعها تعتبر جزأ من الأجر بما فى ذلك تعويض غلاء المعيشة وتعويض اعباء العائلة ، كما اشارت المادة ١٢٤ من النظام الى العلاوات التى تصرف لمستخدمى المحال التجارية بسبب غلاء المعيشة .

ويبين من استعراض هذه النصوص أن علاوات غلاء المعيشة التى تدفع الى العامل تعتبر جزأ من الأجر وكذلك فان أى علاوة مقررة فى عقود العمل (طبقا للمادة ٧) أو فى نظام العمل الأساسى للمنشأة (مادة ١٢٤) فانها تعتبر جزءاً من الأجر ، ولا تصبح العلاوة فى غير هذه الاحوال جزءاً من الأجر الا اذا توافر شرط جريان العرف بها وفقا لقواعد اعتبار المنحة جزأ من الأجر ، وهذا ما يمكن استخلاصه من حكم (١٢٤) فقرة (٣) التى لا تفرق بين المنحة والعلاوة بل تعتبر المنحة طبقا لهذا النص علاوة على المرتب كما يطلق تعبير المنحة على ما يقابل زيادة الأعباء العائلية ، ومن هذا يبين أن حكم العلاوة لا يختلف فى النظام عن حكم المنحة .

٣ ـ العمالة :

تعتبر العمالة التى تعطى للطوافين والمندوبين والجوابين والممثلين التجاريين جزأ من الأجر ، وقد اورد المشرع السعودى هذا الحكم صراحة فنص على أن العمالة التى تعطى للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين والنسب المئوية التى تدفع الى مستخدمى المحال التجارية عن ثمن ما يبيعونه .. تعتبر جزأ لا يتجزأ من الأجر (مادة ١٢٤ فقرة ١ ، ٢ من النظام) .

والعمالة أو العمولة هى مبلغ يتقاضاه العامل عن الصفقات التى يوفق فى الحصول عليها للمنشأة التى تستخدمه ، والغالب عملا هو أن تحدد العمولة بنسبة مئوية من قيمة الصفقة .

العمالة ليست نسبة من الربح الذى يحققه صاحب العمل ،.ولكنها عبارة عن نسبة من قيمة الصفقة التى تتحقق بناء على تدخل الوسيط أو المندوب التجارى . ومن ثم فإنّ مبلغ العمالة يكون سهل التحديد بمجرد تحديد قيمة الصفقة . فالعمالة تستحق للوسيط ولو اسفرت العملية عن خسارة لصاحب العمل .

لا يدخل فى الحساب مصاريف الشحن والنقل والتغليف . ويغلب فى العمل أن توجد العمولة الى جانب اجر ثابت يتقاضاه العامل . غير انه ليس هناك ما يحول دون أن تكون العمالة هى المقابل الوحيد للعمل وحتى فى هذه الحالة لا يتعرض العامل لفقد قيمة عمله كما هو الحال اذا كان الأجر حصة معينة فى الربح . وقد تحتسب العمولة من رقم الاعمال الاجمالى للمنشأة .

وقد الحق القانون بالعمالة فى الحكم النسب المئوية التى تمنح الى مستخدمى المحال التجارية عن ثمن ما يبيعونه (مادة ١٢٤) .

٤ ـ الهبة :

أما الهبة فهى مبلغ يدفعه عميل المنشأة الى عمالها بمناسبة تنفيذ الصفقة أو أداء الخدمة التى تعاقد عليها مع هذه المنشأة ويطلق عليها فى كثير من الأحوال البقشيش وأهم ما يميز الهبة هو أنها تدفع من العميل لا من رب العمل . ولكى يستوى بعد ذلك أن يؤديها العميل الى العامل مباشرة أو أن يدفعها الى رب العمل الذى يكون عليه أن يسلمها للعامل .

ومن ناحية اخرى يجب أن نستبعد كذلك أن الباعث على الهبة هو حسن الخدمة التى يؤديها العامل للعميل ، اذ أنه فى كثير من الحالات لا ترتبط الهبة باقتناع العميل بحسن أداء الخدمة ، بل بمجرد قيام العامل بأدائها حتى ولو لم تلق قبولا من العميل . والهبة اصلا عبارة عن تبرع من قبل العميل ومن ثم لا تدخل فى الأجر لأن الأجر يدفع فى مقابل العمل ، وهو الالتزام الناشىء عن عقد معاوضة وليس للتبرع أو التفضل ولكن المشرع رأى أن بعض حالات الهبة تظهر فيها صورة الالتزام وتعتبر جزأ من الأجر .

واذا كان الأصل فى نظام الهبة أن العميل يدفعها طائعا مختارا ليعبر عن رضاه عن كيفية تنفيذ العامل لعمله وحسن معاملته . فلم تكن الهبة تثير صعوبات قانونية وقتئذ لأنها كانت تعتبر بمثابة هبة يدوية الى العامل لا شأن لها برابطة العمل التى تقوم بينه وبين رب العمل ، ولكن اعطاء الهبة انتشر وذاع حتى صار منحها عادة وصار العملاء يؤدونها احتراما لهذه العادة التى لا يكادون يجرؤون على مخالفتها أيا كان مستوى وكيفية أداء العامل للخدمة ومن هنا اعتبرت بعض صور الهبة من قبيل الأجر .

وقد نصت المادة (٧) من النظام على أن الأجر يمكن ان يتكون كله أو بعضه من الهبة اذا جرى العرف بدفعها وكانت قواعد تسمح بضبطها .

٥ ـ المكافأة :

يتسع نص المادة (٧) من النظام ليشمل المكافأة باعتبارها جزأ من الأجر والمكافأة مبلغ من المال يدفعه رب العمل الى العامل اذا حقق نتائج معينة يهدف اليها رب العمل ويرضى عنها وتتعلق بحسن سير العمل واستغلال المنشأة . ولا تختلط المكافأة بالأجر الذى يحدد بالقطعة لأنها لا تكون الا تكملة اضافية لأجر ثابت محدد تحديدا زمنيا كما انها لا تتوقف دائما على عدد الوحدات المنتجة بل وقد تتوقف على عناصر أخرى للانتاج . وتعتبر المكافأة جزأ من الأجر ولو أن النظام لا يخصها بالذكر وذلك وفقا للقاعدة التى سبق ان ذكرها ولأنها تؤدى فى نظير العمل والجهد الاضافى الذى بذله العامل لتحقيق النتيجة المطلوبة .

٦ ـ البدل :

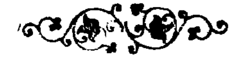
البدل مبلغ يعطيه رب العمل للعامل لمواجهة إفتقاره بسبب العمل . والأصل فى معنى البدل انه تعويض للعامل عن نفقات تستلزمها طبيعة العمل وليس عليه ان يتحملها كما هو الحال فى بدل السفر أو بدل الملابس الخاصة بالعمل ونحو ذلك .

وفى هذه الصورة لا يعتبر البدل جزأ من الأجر لأنه لا يستحق فى نظير عمل أداه العامل بل يكون بمثابة تعويض للعامل عن النفقات الأستثنائية

الخاصة التى يتطلبها أداء العمل .

أما اذا كان المبلغ المسمى بدلا يدفع الى العامل فى نظير عمل كما اذا كان يؤدى نظير زيادة ساعات العمل أو العمل فى ظروف شاقة غير عادية فانه يعتبر جزأ من الأجر وتنطبق عليه احكام الأجر .

وكذلك الحال بالنسبة لبدل السكن وبدل الاغتراب وبدل العدوى وبدل الخطر وبدل التحليق فى الجو وغير ذلك من صور البدلات التى لا تعتبر تعويضا فعليا ومباشرا عن نفقات محددة يستوجبها العمل فهذه كلها تعتبر من الأجر لأنها لا تمنح لمواجهة افتقار بسبب العمل بل فى نظير العمل فى ظروف غير عادية .





الباب الثاني

مجال تطبيق نظام العمل والعمال

لا يكفى أن هناك عقد عمل مستوفياً لأركانه القانونية حتى ينطبق نظام العمل والعمال بل يجب ألا يكون هذا العقد داخلا ضمن الصور المستبعدة من انطباق النظام . وقد حددت المواد من (٢) الى (٥) من نظام العقود التى تخضع بالنص الصريح لأحكام النظام . وتلك التى تستبعد الخضوع لأحكامه كما بينت عقود العمل التى لاتخضع لبعض أحكام النظام بينما تخضع للبعض الآخر .

ويبين من هذا انه وان كان نظام العمل يحكم علاقات العمل كقاعدة عامة فإن هذا لا يعنى أنه يختص بحكم كل تلك العلاقات ولكن بعد أن كان الأصل والقاعدة هو خضوع بعض الطوائف لأحكامه على سبيل الحصر انقلب الأمر الى العكس فأصبح نظام العمل هو الأصل والأساس فى حكم علاقات العمل ، ولا يخرج عن الخضوع له سوى الفئات والطوائف التى ينص هو على استبعادها ، وعلى سبيل الحصر دون قياس عليها أو توسع فيها .

الفصل الأول

الأصل خضوع عقود العمل لنظام العمل والعمال

المبحث الأول : عقود العمل لدى أصحاب العمل الذين لا يتوخون الربح .

حرص المشرع السعودى على وضع القاعدة العامة فى (٢ أ) من النظام التى تؤكد عمومية انطباق احكام نظام العمل والعمال ـ فيما عدا الحالات المستثناة ـ على جميع عقود العمل بغض النظر عن نوع نشاط رب العمل أو اهداف النشاط ، وحتى دون أن يتوقف انطباق النظام على اشتراط أن يهدف النشاط ومجال العمل الى تحقيق الربح كما هو شأن المشروعات الصناعية والتجارية فقد لا يستهدف هذا النشاط تحقيق الربح دون أن يؤثر ذلك على خضوع عقود العمل بشأنه للنظام مثل عقود العمل التى تعقد مع النوادى الرياضية وجمعيات الدعوة الدينية والخلقية والمؤسسات الخيرية على اختلاف انواعها وسواء أكان هدفها هو التعليم أو العلاج أو تقديم المساعدات الاجتماعية أو غير ذلك . فكل الصور السابقة سواء فى نظر القانون وتخضع عقود العمل فيها جميعا لأحكامه .

وقد حرصت المادة (٢ ج) على قطع أى شك فى هذا الخصوص باليقين فنصت على تأكيد سريان أحكام النظام على العاملين لدى (المؤسسات الخيرية) .

وقد أقر مجلس الوزراء مبدأ تمتع عمال المشروعات الخيرية بضمانات نظام العمل وتم اقرار هذا المبدأ بمقتضى القرار رقم ١٥٦ فى ٢١ / ٩ / ١٣٨٠ هـ .

فى ظل نظام العمل لعام ١٣٦٦ هـ . رغم أن نص المادة الاولى من ذلك النظام كانت تتضمن قصر تطبيق احكام النظام على المشروعات التى تستهدف الربح دون غيرها .[١] وقد طبقت وزارة العمل والشؤون الاجتماعية قرار مجلس الوزراء سالف الذكر بدون أثر رجعى بل بأثر فورى اعتبارا من ٢١ / ٩ / ١٣٨٠ هـ . [٢] .

المبحث الثاني : خضوع عمّال الحكومة والهيئات المحليّة والمؤسسات العامّة

يخضع موظفو الدولة والهيئات المحلية والمؤسسات العامة لنظام الخدمة المدنية وللتشريعات الخاصة والمكملة التى يصدرها المشرع فى هذا الخصوص ومن ثم فهم لا يخضعون لنظام العمل والعمال وهذا الحكم مستقر فى التشريع والفقه والقضاء فى مختلف بلاد العالم العربى .

ولكن هناك طائفة من العاملين فى الحكومة والهيئات المحلية والمؤسسات العامة يسمون (عمال الحكومة) وهؤلاء لا يخضعون لنظام العمل والعمال السعودى الحالى بصريح نص المادة (٢ ج) منه .

وفى ظل نظام العمل لعام ١٣٦٦ هـ . قرر مجلس الوزراء رقم ١٦٥ فى ١٣٨٠/٩/٢١ هـ . بشأن خضوع العمال الذين تستخدمهم الجهات الحكومية فى اعمالها ومشروعاتها الصناعية والزراعية والتجارية لبعض أحكام النظام المذكور .

---

(١) طبق مجلس الوزراء هذا المبدأ على علاقات العين العزيزية مع عمالها بالقرار رقم ٨١ وتاريخ ٢ / ٨٢/٢ هـ . وكذلك طبق المبدأ المذكور على عمال مشروع توسعة المسجد الحرام بالقرار رقم ٨٨ وتاريخ ١٣ / ٢ / ١٣٨٢ هـ . .

(٢) انظر فى هذا الخصوص كتاب وكيل وزارة العمل رقم ٣٢ / ٣ / ١٣٠٣ / ١ وتاريخ ٢٥ / ٥ / ١٣٩٠ هـ .

وقبل صدور نظام العمل والعمال فى ١٩ / ٩ / ١٣٨٩ هـ . صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٨٣٧ وتاريخ ٢٨ / ١٠ / ١٣٨٧ هـ . متضمنا تعريف هؤلاء العمال بأنهم المستخدمون الذين يؤدون للجهات الادارية الحكومية اعمالا يدوية من اصحاب الحرف سواء كانوا من ذوى الحرف الفنية كالنجارين والكهربائيين والميكانيكيين أو غيرهم كالحمالين وعمال النظافة فى البلديات وعمال الحفريات وعمال النقل .

ولكن لا يعتبر من العمال النساخ والكتبة وأمثالهم من المستخدمين العاديين للأجهزة الادارية كما لا يقصد بهم الفرّاشون والمراسلون .

ويقضى قرار مجلس الوزراء السابق بأن استخدام العمال يتم على أساس الأجر اليومى وبأن تأديبهم يتم وفق القواعد التى تنظم تأديب موظفى خارج الهيئة .

وقد تضمن القرار المذكور كذلك خضوع هؤلاء العمال لاحكام نظام العمل والعمال عدا الأحكام الخاصة بالنزاع العمالى واجراءات الدعاوى العمالية ويتولى ديوان المظفين الفصل فى التظلمات المقدمة من العمال فيما يتعلق بالعمل أو حقوقه .

هذا وقد الغى النظام الحالى ضمنا القرار رقم ٨٣٧ وتاريخ ٢٨ / ١٠ / ٨٧ هـ . وأصبحت تختص حاليا اللجان العمالية بنظر تظلمات عمال الحكومة واصبحت كل احكام النظام سارية على العمال سالفى الذكر .

المبحث الثالث : عقود التدرج أو التلمذة الصناعية

عقد التدرج هو العقد الذى يتعهد بموجبه صاحب العمل أن يستخدم عاملا شابا ليعلمه بصورة أصولية مهنة او حرفة معينة خلال مدة محددة بلزم العامل المتدرج بالعمل خلالها تحت اشراف صاحب العمل (مادة ٥٦) .

تقضى المادة (٢ ب) من النظام بأن احكامه تسرى على عقود التدرج

أى التلمذة الصناعية ، ويعتبر عقد التلمذة الصناعية عقدا من طبيعة خاصة وتحكمه المواد من (٥٦) الى ٦٩) من النظام .

ويلتزم المتدرج بموجب العقد بأن يتقيد بتعليمات وارشادات معلمه باحترام وأدب وأن يتعاون معه وأن يعاونه فى حدود طاقته وقدرته (مادة ٦٥) ، وعند انتهاء مدة التدرج لا يلتزم المتدرج بالبقاء فى خدمة رب العمل ما لم يقض عقد التدرج بغير ذلك (مادة ٦٩) . أما رب العمل فهو يلتزم بتعليم المتدرج تدريجيا وبصورة تامة أصول وطرائف المهنة أو الحرفة وأن يسلمه عند نهاية التدرج وثيقة تشعر بانتهائه (مادة ٦٤) وعليه ان يؤدى اجرا الى المتدرج فى جميع مراحل التدرج المتعاقبة وبشرط الا يقل الأجر فى المرحلة الأخيرة من التدرج عن الأجور الدنيا المعطاة لعمل مماثل ولا يجوز بأى حال أن يتحدد الأجر على أساس القطعة أو الانتاج (مادة ٥٨) . وعلى رب العمل أيضا أن يعامل المتدرب كأب صالح فيرشده ويشرف على سلوكه (مادة ٦٣) ولكن من حقه أن يفسخ عقد التدرج اذا لمس من المتدرج عدم القابلية أو عدم القدرة على اكمال التدرج بصورة مفيدةويثبت هذا الحق فى الفسخ أيضا للمتدرج ولوليه (مادة ٦٦) .

وقد نصت المادة (٥٨) من النظام على كتابة عقد التدرج ، وان يحدد العقد مدة التدرج ومراحله المتعاقبة والأجور المستحقة فى كل مرحلة .

وأوجبت المادة (٥٩) أن تودع أحدىالنسخ الثلاث للعقد فى مكتب العمل المختص وأن يعتبر التاريخ الرسمى الثابت للعقد هو تاريخ ايداع وتسجيل هذه النسخة فى مكتب العمل ، كما أوجبت أن يوقع العقد من قبل صاحب العمل أو ممثله الرسمى ، ومن قبل العامل المتدرج أو من وليه أو وصيه اذا كانت سنه تقل عن السادسة عشرة .

الفصل الثاني

العقود المستبعدة من انطباق النظام

نصت المادة (٣) من النظام على استبعاد ثلاث طوائف من العمال من الخضوع لاحكام النظام ، وهذه الطوائف الثلاث هى :

١ ـ العمال فى المنشآت العائلية التى لا تضم سوى أفراد أسرة صاحب العمل .

٢ ـ الاشخاص الذين يشتغلون فى المراعى أو الزراعة فيما عدا :

أ ـ الأشخاص الذين يشتغلون فى المؤسسات الزراعية التى تقوم بتصنيع منتجاتها .

ب ـ الذين يقومون بصفة دائمة بتشغيل اواصلاح الآلات الميكانيكية اللازمة للزراعة .

٣ ـ خدم المنازل ومن فى حكمهم .

وسنعرض لهذه الاستثناءات حسب اهميتها الاقتصادية والاجتماعية فنبدأ باستثناء عقود العمل فى مجالى الزراعة والرعى ، ثم نعرض للاستثناء الخاص بالمنشآت العائلية ، وندرس أخيرا الاستثناء الخاص بخدم المنازل ومن فى حكمهم .

وانه ان كان المشرع قد اخرج الطوائف السابقة من نطاق تطبيق احكام نظام العمل ، الا أن هذا لا يعنى عدم اخضاعهم لأية حماية . فانهم يخضعون للحماية التى تقررها القواعد العامّة بشأن العقود حتى يرى المشرع أن من المناسب اخضاعهم لقواعد خاصة بهم .

المبحث الأول : عقود العمل في الزراعة أو المراعي

نصت المادة (٣) فقرة (ب) على استثناء الأشخاص الذين يشتغلون فى المراعى أو الزراعة . ونتيجة لهذا الاستثناء الخطير الذى يعد اهم الاستثناءات الواردة فى النظام يقتصر تطبيق نظام العمل فى مجال المشروعات الاقتصادية على عمال المشروعات الصناعية والتجارية وحدها . ولم يفصح المشرع عن سبب هذا الاستثناء الهام ، ويبدو أن القانون قد نظر الى الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة فى قطاعى الزراعة والرعى فى المملكة وهى ظروف قد لا تتفق فى بساطتها وبدائيتها مع تطبيق احكام النظام بما يترتب عليه من التزامات لا قبل لأرباب الاعمال بها فى الوقت الحالى فى هذا النوع من الاستثمار ، كذلك يرجع هذا الاستثناء بصفة عامة فى مختلف بلاد العالم الى الظروف التاريخية لنشأة قانون العمل . فقانون العمل قد نشأ فى بداية عهده ليحكم عمال الصناعة ، ولم يكن من المتصور أن يحكم العاملين فى القطاع الزراعى .

هذا كله فضلا عن ان هناك طبيعة معينة للعمل الزراعى ، فالعامل الزراعى يتصل بصاحب العمل اتصالا وثيقا ، بل قد يعملان جنبا الى جنب فى كثير من الاحيان . والعرف والتقاليد يحكمان هذه الصورة من صور العمل الانسانى ويقتربان بها ، الى حد بعيد ، من علاقة صاحب العمل بأفراد اسرته الذين يعملون لديه وهو ما لا يتوفر بوجه عام فى العمل الصناعى والتجارى .

على اية حال فان بعض الدول العربية اخضعت أخيرا عقود العمل فى المجال الزراعى لقانون العمل وقد تم هذا فى كل من مصر وسوريا .

ومن الجدير بالذكر أن استثناء عمال الزراعة والرعى من الخضوع لنظام العمل والعمال فى المملكة ليس استثناءا مطلقا . اذ تستثنى المادة (٣ ب) من هذا الحكم فريقين يخضعان تبعا لذلك لأحكام النظام وهما :

١ ـ الأشخاص الذين يشتغلون فى المؤسسات الزراعية التى تقوم بتصنيع منتجاتها .

٢ ـ الاشخاص الذين يقومون بصفة دائمة بتشغيل او اصلاح الآلات الميكانيكية اللازمة للزراعة . وعلى ذلك يخضع للنظام سائقوا الجرارات الزراعية والقائمون على صيانتها ولو كان المشروع لا يقوم بتصنيع منتجاته .

المبحث الثاني : العمّال في المنشآت العائلية

نصت المادة (٣) فقرة (أ) من النظام على انه تستثنى من تطبيق احكام النظام (العمال فى المنشآت العائلية التى لا تضم سوى افراد أسرة صاحب العمل .

ويشترط لاستبعاد تطبيق احكام النظام ان يتوفر الشرطان الآتيان :

١ أن ينتمى العمال الى اسرة صاحب العمل ، ويقصد بالأسرة فى هذا النص الأسرة بمعناها الواسع الذى يشمل كل من يربطهم برب العمل أصل مشترك كالأصول والفروع . وكذلك ينطبق النص ولو كان صاحب العمل لا يعول أفراد الأسرة العاملين بالمنشآت بل ولو كان لا يعولهم ولا يتولى الانفاق عليهم وذلك لعموم النص (١) .

٢ ـ ويجب أن تكون المنشأة عائلية تماما لا تستخدم أى عامل لا ينتمى لأسرة صاحب العمل ولو كان عاملا واحدا . واذا وجد بالمنشأة عمال أجانب فلا شك أن احكام نظام العمل تسرى على الرابطة بين هؤلاء العمال وصاحب العمل .

---

(١) انظر عكس هذا الرأى الدكتور / نزار عبد الرحمن الكيالى فى (الوسيط فى شرح نظام العمل السعودى (سنة ١٩٧٣ م ص ٦٢ وقد استند الدكتور الكيالى فى قوله بالرأى العكسى الى أن هذا شرط حتمى يمكن استخلاصه من الشرع الحنيف ، والواقع انه نظرا لعموم النص ولأن احكام الشريعة الاسلامية لم تعرض لوضع قواعد تتعلق بضمانات العمال يستثنى من احكامها فى حالة المنشآت العائلية فإننا نؤثر أن يظل مفهوم النص عاما اذ أن المطلق على اطلاقه ما لم يكن هناك ما يخصصه ولا مجال فى هذا الخصوص للاستئناس باحكام المادة (٨٨) من قانون العمل الموحد المعمول به فى مصر وسوريا اذ يتضمن هذا النص استثناء اسرة صاحب العمل الذين (يعولهم فعلا) .

والواقع أن هذا الاستثناء يرجع الى الحرص على صلة القرابة القائمة فى هذه الحالة مع رب العمل والعمال خشية أن يفسدها ما قد ينشأ من خصومات بين أفراد الأسرة الواحدة نتيجة سريان احكام النظام عليهم فضلا عن أن المنشآت العائلية تكون غالبا منشآت صغيرة قليلة الربح .

المبحث الثالث : خدم المنازل ومن فى حكمهم

لا تسرى كذلك أحكام نظام العمل والعمال على خدم المنازل ومن فى حكمهم وفقا لأحكام المادة (٣) فقرة (د) من النظام ، ويبرر استثناءهم بأن طبيعة العمل الذى يؤدونه تختلف عن طبيعة العمل الذى يؤديه باقى طوائف العمال كما أن عملهم ذو صلة شخصية مباشرة بمخدوميهم مما يمكنهم من الاطلاع على أسرارهم وشؤونهم الخاصة الأمر الذى قد يتطلب وضع قانون خاص بهم تراعى فيه هذه الظروف أو اخضاعهم لأحكام مغايرة لنظام العمل والعمال .

ويثير تحديد معنى الخدم فى هذا النص صعوبات كبيرة فى العمل لا سيا ان النظام هنا يفتح باب القياس ـ بعكس الحال فى الاستثناءات السابقة ـ حينا يلحق بخدم المنازل (من فى حكمهم) وعلى عكس هذا المفهوم الواسع للخادم فى نظام العمل والعمال تأخذ المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام ـ التأمينات الاجتماعية بمفهوم ضيق لخدم المنازل : فالخادم طبقا لهذه اللائحة هو الشخص الذى يعمل بالخدمة المنزلية البحتة فلا يعتبر خادما السائق الخصوصى وسائر العاملين بالأبنية كالحراس وعمال المصاعد وعمال الحدائق .

ولا يمكن الأخذ بهذا التعريف بالنسبة لنظام العمل والعمال لأن هذا النظام يوسع كما ذكرنا فى مفهوم الخدم فيلحق بالخدم من يكون فى حكمهم بينما لا يستثنى نظام التأمينات سوى الخدم فقط . هذا وضع القضاء الضوابط الآتية : لتحديد مفهوم الخادم :

١ ـ الخادم يؤدى عملا من طبيعة مادية فيدخل فى مفهوم الخادم فى هذا

الخصوص السفرجي والطاهى والبستانى وسائق السيارة الخاصة . والمرضعة أما الأشخاص الذين يقومون بأعمال ذهنية كالطبيب الخاص بالعائلة والمدرس الخصوصى والسكرتير الخاص فلا يعتبرون من قبيل الخدم ولا يستثنون من تطبيق احكام النظام .

٢ ـ الخادم يعمل فى منزل وعلى ذلك لا يعتبر خادما (الفراش) الذى يعمل فى مكتب المحامى أو فى شركة لحساب رب العمل وتحت اشرافه ولا عمال الفنادق أو المحال التجارية والعامة ولا خدم النوادى الخاصة ولا (التومرجى) الذى يعمل فى عيادة الطبيب وذلك لأنهم لا يقومون بالعمل فى المنازل .

٣ ـ الخادم يتصل اتصالا شخصيا بمن يؤدى له الخدمة فلا يكفى أن يقوم شخص بأعمال مادية للغير فى منزل بل يجب كذلك توافر شرط كالاتصال الشخصى بالمخدوم وتطبيقا يذهب الرأى الى أن خفراء العمارات الاستغلالية وبوابها لا يعتبرون من قبيل الخدم ويستفيدون من احكام قانون العمل وذلك لأن الخفير أو البواب وان كان يعمل فى منزل فانه لا يتصل بسكانه اتصالا شخصيا كما هو الحال بالنسبة للخدم بالمعنى الجارى . وتستبعد اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية اعتبار الحراس من قبيل الخدم ولكن يبدو أن الحارس لا يعتبر طبقا لحكمها من خدم المنازل ولو كان يتولى حراسة منزل خاص .

الفصل الثالث

العقود التى تطبق عليها جزئيا بعض أحكام نظام العمل والعمال

نصت المادة (٤) من نظام العمل والعمّال على انه :

(ما لم يرد نص خاص لا تسرى احكام الفصل الثامن والمواد (١٦٤ ، ١٦٥ ، ٤٦٦) على ما يلى :

أ ـ العمال الذين يعملون فى محال لا تدار بآلات ميكانيكية ، وتستخدم عادة اقل من خمسة عمال وليست من الاعمال التى ينشأ عنها مرض مهنى ممّا هو منصوص عليه فى جدول أمراض المهنة .

ب ـ الملاحين والربابنة الذين يعملون فى سفن تقل حمولتها عن خمسمائة طن الذين يخضعون لاحكام الباب الثانى من النظام التجارى (التجارة البحرية) .. الخ . كما نصت المادة (٥) من النظام على أن :

(لوزير العمل اعتبار كل المؤسسات التالية أو بعضها من المؤسسات التى تشملها احكام المواد والفصول المبينة فى المادة الرابعة من هذا النظام وهى :

أ ـ أية مؤسسة يعمل فيها احداث .

ب ـ أية مؤسسة يعمل فيها نساء .

ومفهوم المادة (٤) من النظام أن الاحكام التى يستبقى تطبيقها على الطائفتين اللتين أشارت اليهما المادة سالفة الذكر هى نوعان من الاحكام :

أولا : الاحكام الخاصة بالحصول على تراخيص لبعض المبانى :

وهذه الاحكام هى احكام الفصل الثامن من النظام (المادتان (١٤٥) و (١٤٦) الخاص بانشاء مؤسسات جديدة . وتوجب المادة (١٤٥) الحصول على ترخيص خاص عند انشاء مبان لاستخدامها فى مشروع يدار بالآلات الميكانيكية ويستخدم عشرين عاملا على الأقل . وتجيز المادة (١٤٦) لمكتب العمل اذا تبين له أن البناء أو الآلات بحالة تشكل خطرا على حياة الإنسان أو سلامته أن يصدر الى المؤسسة أمرا كتابيا باجراء الاصلاحات اللازمة كما تجيز له ان يمنع استعمال الآلة أو البناء مصدر الخطر حتى يتم اصلاحه أو تغييره .

ثانيا : الاحكام الخاصة باجازة الوضع للعاملات :

وهى احكام المواد (١٦٤) و (١٦٥) و (١٦٦) وهى مواد خاصة بالنساء العاملات وتقرر حق المرأة العاملة فى اجازة الوضع وفى فترة راحة خاصة للاوضاع وفى مصاريف الفحص الطبى ونفقات العلاج والولادة .

المبحث الأول : عقود عمال المشروعات الصغيرة

والطائفة الاولى المستثناة من تطبيق الاحكام السابقة هى طائفة (العمال الذين يعملون فى محال لا تدار بآلات ميكانيكية وتستخدم عادة أقل من خمسة عمال وليست من الاعمال التى ينشأ عنها مرض مهنى مما هو منصوص عليه فى جدول امراض المهنة) .

ويشترط لتطبيق هذا النص أن تتوفر الشروط الثلاثة مجتمعة فيجب :

١ ـ أن يكون المشروع مما لا يدار بآلات ميكانيكية (أو كهربائية) .

٢ ـ ان يستخدم عادة ـ أى فى الاحوال العادية وليس فى الاحوال الاستثنائية ـ أقل من خمسة عمال أى أربعة على الأكثر .

٣ ـ أن يكون العمل مما لا ينشأ عنه مرض مهنى مما هو منصوص عليه فى جدول امراض المهنة .

واستبعاد المشروعات سالفة الذكر من بعض احكام قانون العمل يرجع الى اعتبارات اقتصادية واجتماعية هى الابقاء على المشروع الصغير ومراعاة وضعه الاقتصادى وعدم قدرته على تنفيذ تلك الشروط فضلا عن انه لا مبرر لتطبيق الأحكام الخاصة بتراخيص المبانى عليه لأنه لا يدار بآلات ميكانيكية ولا تنشأ عنه أمراض مهنة .

هذا وتجيز المادة (٥) من النظام لوزير العمل بقرار منه أن يقضى بخضوع أية مؤسسة يعمل فيها أحداث أو نساء أو جميع هذه المؤسسات لاحكام المواد والفصول المبنية فى المادة (٤) سالفة الذكر .

والواقع ان هذا النص يجيز الاستثناء من الحكم السابق والعودة الى الأصل وهو تطبيق جميع احكام النظام على المنشآت التى يعمل فيها الأحداث أو النساء رعاية لهم .

المبحث الثاني : الربابنة والملاحون في السفن الصغيرة

أما الاستثناء الثانى الذى أوردته المادة (٤) من النظام فيتعلق بطائفة (الملاحين والربابنة الذين يعملون فى سفن تقل حمولتها عن خمسمائة طن الذين يخضعون لاحكام الباب الثانى من النظام التجارى) .

والواقع أن نص المادة (٤) فى هذا الشأن متناقض مع نص المادة (٩٩) من النظام التى وردت فى الفصل الخامس المخصص لعقد العمل البحرى (١) المواد من ٩٩ ـ ١١٤) والتى تتضمّن ان العاملين على السفن التى تقل حمولتها عن خمسمائة مستبعدون كلية من احكام عقد العمل البحرى ومن أحكام نظام العمل فى مجموعه .[1] .

ونرى أن الأرجح تغليب حكم المادة (٩٩) والقول باستبعاد طائفة الملاحين والربابنة فى السفن التى تقل حمولتها عن خمسمائة طن من أحكام النظام وذلك لأن الاحكام المستبعدة بمقتضى المادة (٤) وهى الأحكام الخاصة بالحصول على تراخيص لبعض المبانى وبعض احكام عمل النساء ـ هى احكام لا يتصور تطبيقها على العاملين البحريين .

---

(١) نصت المادة (٩٩) من نظام االعمل والعمال على أن (كل عقد استخدام يجرى بين صاحب سفينة أو ممول سفينة من سفن المملكة العربية السعودية التى لا تقل حمولتها عن خمسمائة طن أو ممثل عن أى منهما وبين ملاح أو ربان للقيام بعمل على ظهر سفينة أو لرحلة بحرية هو عقد عمل بحرى تطبق عليه أحكام هذا النظام فيما لا يتعارض مع احكام هذا الفصل القرارات الصادرة بمقتضاه .



الباب الثالث

خصائص عقد العمل

نعرض هنا الى خصائص عقد العمل كعقد رضائي وكعقد من عقود المعارضة وكعقد شخصي زمني ثم نعرض لدراسة ما اذا كان من عقود الإذعان وأخيرا ندرس امكان عقد العمل .

الفصل الأول

عقد العمل عقد رضائي

من المتفق عليه بين كتاب القانون أنه من الجائز أن يكون رب العمل شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا ، أما العامل فهو باجماع آراء رجال الفقه لا يمكن أن يكون الا شخصا طبيعيا . ويعلل الفقه استحالة اتخاذ الشخص الاعتباري لصفة العامل بأن عقد العمل يفترض بذل قوة عمل ذاتية جسمانية أو ذهنية من جانب العامل والشخص المعنوي ليست له قوة عمل ذاتية ولهذا فإن اغلب وأهم قواعد نظام العمل لا تصرف بطبيعتها الا الى الأشخاص الطبيعيين دون غيرهم كما هو الحال بالنسبة لتنظيم ساعات العمل وتأمين العمل وحماية الأجر والالتزام بحماية العامل من أخطار العمل .

وقد انعقد اجماع الفقه على أن عقد العمل عقد رضائي وليس عقدا شكليا اذ يكفي لانعقاده توافق ارادة الطرفين المتعاقدين ، أي اقتران الإيجاب بالقبول

ولا يشترط لتمامه اتخاذ ه شكلا خاصا .

ولا يقدح فى ذلك أنه يجب أن يكون مكتوبا ، لأن الكتابة ليست شرطا لتكوين العقد بل هى شرط لاثباته ، وهو ما عبرت عنه المادة (٧٧) صراحة بقولها (يجب أن يكون عقد العمل مكتوبا .. ويعتبر قائما ولو كان غير مكتوب ..) .

وغنى عن البيان أن رضائية هذا العقد هو حكم أملته الشريعة الاسلامية التى تجيز انعقاد الاجارة على عمل الآدمى بالايجاب والقبول كالبيع ، سواء تم ذلك بالمكاتبة أو بالمشافهة أو باشارة الأخرس ، أو بالتعاطى أو بالسكوت الذى يعد قبولا ورضاء .

ويكفى التراضى لوجود عقد العمل ، ولكن حتى يكون العقد صحيحا يجب أن يكون التراضى صادرا من ذى اهلية وغير مشوب بعيب من عيوب الرضا ، كالغلط والاكراه والتدليس وفى هذا نحيل على ما سبق أن أشرنا اليه من قبل عند دراستنا للقواعد الخاصة بانعقاد العقد .

ويتولى تقدير صحة التراضى وتوافر شروطه اللجنة المختصة بالنظر فى منازعات العمل ، التى تفصل فى هذا الخصوص وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية ، وعلى هذا فلا يصح عقد المجنون والصبى غير المميز ، ويصح عقد الصبى المميز اذا أجازه وليه ، كما يكون عقد العمل المشوب بالغلط والإكراه والتدليس فاسدا وقابلا للابطال .

وبديهى أن السخرة أو العمل الإجبارىّ يعد من قبيل الاكراه الذى حظرته اتفاقية العمل الدولية رقم ٢٩ لسنة ١٩٣٠ . ولكن لا تعتبر من أعمال السخرة الخدمة العسكرية الالزامية ، ولا الأوامر التى تصدرها السلطة فى حالات معينة لالزام فئات من المواطنين أو الأجانب من أطباء ومهندسين وفنيين ونحوهم بانجاز اعمال مستعجلة فى حالات الطوارى أو حالات الكوارث العامة .

واذا كان عقد العمل عقدا رضائيا يدخل فى اطار تطبيق مبدأ سلطان الادارة فان هذا المبدأ الأخير تحيط به قيود هامة بصدد عقد العمل ، ذلك لأن

مبدأ سلطان الارادة لا يعمل على إطلاقه فى عقد العمل اذ يصطدم هذا المبدأ اصطداما واضحا مع المعطيات الاجتماعية ، ومع حاجة العامل للحصول على العمل ومع ما أسفر عنه التطور من ضرورة حماية العامل من الاستغلال والحاجة .

لذلك فانه يمكن القول ان المشروع استبقى بعض الاحكام التى آثر حماية للعامل أن ينظمها بقواعد آمرة والا يجعل لارادة المتعاقدين من سلطان بشأنها . على أن هذا لا يخل برضائية هذا العقد بوجه عام ، اذ بقى للارادة فى خارج نطاق الأحكام التى تتعلق بالنظام العام حرية تحديد اطار التعاقد وشروطه .

وبالرغم من أن عقد العمل عقد رضائى الا أن المشرّع أوجب كتابته للاثبات فنص فى المادة (٧٧) من النظام على انه (يجب أن يكون عقد العمل مكتوبا باللغة العربية على نسختين يحتفظ كل من الطرفين بنسخة منها ويعتبر العقد قائما ولو كان غير مكتوب بحيث يجوز للعامل وحده اثبات حقوقه بكافة الطرق ويكون لكل من الطرفين أن يطلب كتابة العقد فى أى وقت .

أما عمال الدولة والمؤسسات العامة فيقوم قرار أو أمر التعيين الصادر عن السلطة المختصة مقام العقد .

وقد خرج نظام العمل فى هذا على القواعد العامة اذ حظر على رب العمل الإثبات بغير الكتابة وعند عدم وجود العقد المكتوب ليس أمام رب العمل الا وسيلتا اليمين واقرار العامل . ويمكن للعامل اثبات عقد العمل بكل الوسائل بما فى ذلك الاستعانة بالملف الخاص به وعن طريق الاستعانة بما ثبت فى سجل رب العمل .

وتعتبر البيانات الثابتة فى ملف العامل أو فى سجل العمال حجة على صاحب العمل ولكنها ليست حجة على العامل اذ لا دخل له بتحريرها . ويمكن للعامل كذلك الاستناد الى العقد ولو لم يكن محررا باللغة العربية وفقا للمادة (٧٧) من النظام ، اذ أن المادة المذكورة تجيز له الاثبات لكافة الطرق .

الفصل الثاني

عقد العمل عقد معاوضه

من المسلم به كذلك أن عقد العمل من عقود المعاوضة ، وهو لا يعد من عقود التفضل أو من عقود التبرع . وعقد المعاوضة هو العقد الذى يأخذ فيه كل من الطرفين المتعاقدين مقابلا لما اعطاه . وعقد العمل هو عقد معاوضة بالنسبة للعامل لأنه يؤدى عملا مقابل أجر ، كذلك هو بالنسبة لصاحب العمل لأنه يدفع أجرا مقابل عمل .

والواقع أن الفقهاء المسلمين أكدوا على كون هذا العقد من عقود المعاوضة ولذلك فانهم اهتموا الى حد كبير بابراز عنصر الأجر ، بل لقد اشتق الفقهاء اصلاح (الاجارة) وهو الاصلاح الذى اطلقوه على عقد العمل من الأجر أو العوض .

وقد استند الفقهاء المسلمون فى اهمية العوض الى قوله صلى الله عليه وسلم (من استأجر أجيرا فليعلمه أجره)[1] .

وقد أوردنا فى هذا الخصوص ما جاء فى المغنى لأبن قدامه أنه (يشترط فى عوض الاجارة أن يكون معلوما ، وذلك لأنه عوض فى عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوما . واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملة فى وقت العقد الا أن يشترط آجلا . وعلى هذا فإن الأجير يستحق الأجرة بمجرد العقد اذا اطلق ولم يشترط المستأجر أجلا .)

---

(١) انظر فى هذا الخصوص المغنى لأبن قدامة ، تحقيق الدكتور / طه محمد الزينى طبعة سنة ١٩٦٩ القاهرة ص ٣٢٧ رقم ٤١٠٥ .

الفصل الثالث

عقد العمل عقد شخصي

ويعتبر عقد العمل عقدا شخصيا ، لأنه يستلزم أن يقوم العامل شخصيا بأداء العمل المتفق عليه . ويستدل على ذلك بما ورد فى المادة (٧٠) من نظام العمل التى تنص على التزام العامل (بأن يعمل) فلا يجوز له انابة غيره فى أداء العمل .

وهذا الحكم يتفق مع ما ذهب اليه جمهور الفقهاء المسلمين من انه ليس للأجير الخاص أن ينيب عنه غيره فى العمل بعكس الأجير المشترك الذى يجوز له الاستنابة فى عمله كما ذكرنا . وانطلاقا من اعتبار عقد العمل من العقود الشخصية فانه يعد من العقود التى تراعى فيها شخصية المتعاقد ، ولهذا السبب فان التزام العامل بأداء العمل شخصيا قد يكون مخالفا للقاعدة العامة فى بعض الالتزامات التى تبيح الوفاء من غير اذن ، إذ أنّ القاعدة فى هذه الالتزامات قبول الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء وذلك الا اذا استوجبت طبيعة الدين أو الالتزام أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه فعندئذ يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين .

ونظرا لأن عقد العمل عقد شخصي فإن موت العامل يؤدى الى انتهاء العقد ، فلا يحل ورثة العامل محله فى العمل الذى كان يقوم به ، اذ لا يمكن الزام صاحب العمل بقبولهم للعمل لديه محل الموروث كما لا يمكن الزام الورثة بالعمل الذى كان يقوم به مورثهم .

الفصل الرابع

عقد العمل عقد زمنى

يعتبر عقد العمل عقدا زمنيا وليس عقدا فوريا . والعقد الزمنى أو ما يسمى أحيانا بعقد المدّة هو العقد الذى يكون عنصرا جوهـريا فيه ، بحيث يكون المقياس الذى يقدر به محل العقد ، أو الالتزامات المتقابلة المترتبة عليه ، بعكس العقد الفورى الذى لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه ، لو تراخـى أجـل التنفيذ ، كعقد البيع ولو كان بثمن مؤجل أو مقسط .

وقد ادرك علماء الفقه الاسلامى منذ وقت طويل أهمية عنصر الزمن فى عقد إجارة الأشخاص ، فقالوا بأن (المنفعة تؤخذ فيها شيئا فشيئا ، مدة معلومة بعـوض معلـوم)[1] ،وأكدوا بأنهـا (تنعقـد ساعـة فساعـة ، حسـب حدوث المنافع .) .

وقد جاء فى المغنى لأبن قدامه : (ان الاجارة اذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة ، كشهر أو سنة ، ولا خلاف فى هذا نعلمه ، لأن المدة هى الضابطة للمعقود عليه ، المعرفة له ، فوجب أن تكون معلومة) . [2] وجاء فيه ايضا : (ولابد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين [3] . هذا وقد ذهب بعض الفقهاء الى حد القول بأن الزمن فى عقد الإجارة يعتبر معقودا عليه [4] .

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة للجزيرى : الجزء ٣ ، ص ٩٨ .

(٢) المغنى : الجزء ٥ ، ص ٣٢٣ رقم ٤٠٩٩ .

(٣) المغنى : الجزء ٥ ، ص ٣٤٢ ، رقم ٤١٣٢ .

(٤) عبد الحى حجازى : عقد المدة ،ص ٣ .

الفصل الخامس

هل عقد العمل عقد إذعان ؟

يذهب بعض الشراح الى القول بأن عقد العمل هو عقد اذعان ، وعقد الإذعان هو العقد الذى يقتصر فيه دور أحد الطرفين على مجرد القبول بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يقبل مناقشته فيها . ولكن نظرا لأن نظام العمل قد وجد ليحمى العامل لأنه الطرف الضعيف فى علاقة العمل وهو الأولى بالرعاية وبالحماية دون سواه فان نسبة كبيرة من النصوص التى يتضمنها نظام العمل تحمل ذلك الطابع الواضح .

وقد عنى نظام العمل الجديد عناية خاصة بوضع تنظيم حديث شامل لعلاقات العمل ، بشكل يؤدى الى حفظ التوازن الاقتصادى والاجتماعى بين العمال وأصحاب الأعمال ، ويؤمن للطرفين العدالة الاجتماعية ويضمن حقوقهما فى اطار المصلحة ومقتضيات التنمية والانتاج .

وهكذا فقد تقلصت صفة الاذعان فى عقود العمل ، وأصبح الطرفان ملزمين بمراعاة أحكام نظام العمل والقرارات واللوائح الصادرة تطبيقا لاحكامه علاوة على الأنظمة الداخلية للعمل ولوائح الجزاءات التى لا تكون واجبة التنفيذ الا بعد اعتمادها من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية والتى تكفل وضع الكثير من قواعد نظام العمل موضع التطبيق .

الفصل السادس

أركان عقد العمل

المبحث الأول : ركن الرضا

أركان عقد العمل هى الرضا والمحل والسبب ، وقد سبق أن عرضنا الى

ركن الرضا فى العقود بوجه عام ،[1] كما عرضنا للرضا فيرعقد العمل عندما تحدثنا عن اعتبار عقد العمل عقدا ارضائيا فنحيل الى ما سبق أن ذكرناه فى هذا الخصوص . والى جانب ركن الرضا هناك ركن المحل والسبب .

المبحث الثاني : ركن المحل في عقد العمل

يشترط القانون فى المحل أن يكون معيّناً ، أو قابلا للتعيين . كذلك فإن محل الالتزام يجب أن يكون ممكنا ومشروعا أما اذا كان غير مشروع أو اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا .

أوجبت المادة (٩٦) فقرة (أ) من النظام على العمال انجاز العمل المطلوب منهم وفقا للعقد ولتعليمات رب العمل ما لم يكن فى ذلك مخالفة للنظام أو الآداب العامة وما لم يكن فى ذلك ما يعرض العامل للخطر .

والعمل هو محل التزام العامل . ولم يحدد القانون المقصود بالعمل فيصدق هذا التعبير على كل نشاط انسانى أيا كان صورته ، ويكفى أن يكون من طبيعة سلبية كوقوف (الموديل) أمام الرسام أو النحات خلال مدة معينة دون حركة ، كذلك يستوى فى هذا النشاط أن يكون من طبيعة مادية يدوية كالبناء أو الزراعة أو تحويل المواد الأولية أو أن يكون من طبيعة عقلية ذهنية كعمل المحامى أو المحاسب أو مدير الشركة أو عمل الطبيب أو المهندس .

ويجب أن يكون العمل موضوع العقد ممكننا ومشروعا طبقا للقواعد العامة فيجب وفقا لنص المادة (٩٦) فقرة (أ) ألا يخالف العمل موضوع العقد النظام العام أو الآداب العامة أو يكون فى أدائه ما يعرض حياة العامل أو جسده أو صحته للخطر .

ولا يلزم ان يكون العمل معينا تعيينا دقيقا فى العقد ما دام قابلا للتعيين اذ

---

(١) أنظر بوجه عام ما ذكرناه عن ركن الرضا فى النظرية العامة للعقد .

تنص المادة (١٢٣) فقرة (ب) على الرجوع لعرف المهنة وعرف الجهة التى يؤدى فيها العمل أو لمقتضيات العدالة لبيان نوع الخدمة الواجب على العامل أداؤها وتحديد مداها تحديدا يمكن من أدائها . والمحل فى عقد العمل مزدوج فالى جانب التزام العامل بأداء العمل فإن محل التزام رب العمل هو دفع الأجر .

ولا يبطل عقد العمل اذا لم يحدد الأجر تحديدا دقيقا وقاطعا فقد نصت المادة (١٢٣) فقرة (أ) من النظام على أنه :

(اذا لم تنص عقود العمل أو نظام العمل أو النظام الأساسى للعمال على الأجر الذى يلتزم به صاحب العمل أخذ الأجر المقدر لعمل من ذات النوع ان وجد والا قدر الأجر طبقا لعرف المهنة وعرف الجهة التى يؤدى فيها العمل فإن لم يوجد تولت اللجنة المختصة تقدير الأجر وفقا لمقتضيات العدالة) .

واذا كان الأجر هو محل الالتزام الأساسى لرب العمل فإنه يجب أن يكون مشروعا والا كان العقد باطلا .

المبحث الثالث : ركن السبب في عقد العمل

يرى جانب كبير من الفقهاء أن سبب الالتزام فى عقد العمل هو الهدف المباشر الذى يسعى كل من طرفى العقد الى تحقيقه .

فسبب التزام العامل بأداء العمل هو الحصول على الأجر ، وسبب التزام رب العمل بأداء الأجر تنفيذ العامل للعمل .[١] .

ويجب أن يكون السبب مشروعا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة والا كان العقد باطلا . واذا كانت الدوافع والبواعث التى دفعت الى التعاقد غير مشروعة فان سبب العقد يكون غير مشروع ومن ثم يكون العقد باطلا .

وعلى هذا فإن التعاقد للعمل فى اماكن تدار لإتيان اعمال تخالف النظام العام أو الآداب العامة يكون باطلا .

(١) أنظر كذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ـ الجزء الرابع ص ٢٦١ .

كذلك فقد حكم فى فرنسا أن التعاقد للعمل لدى سلطات العدو الذى يحتل البلاد يكون باطلا نتيجة لعدم مشروعية السبب.[1] .

المبحث الرابع : بطلان عقد العمل

تطبق القواعد العامة فى حالة بطلان عقد العمل ، ونحيل فى هذا الخصوص الى ما سبق لنا أن درسناه فى هذا الخصوص .

وتطبيقا لذلك فاذا كان التراضى بين الطرفين منعدما ، أو كان محل العقد غير ممكن أو غير مشروع ، أو كان سببه غير مشروع ، فان عقد العمل يكون باطلا . أما اذا كان أحد الطرفين ناقص الأهلية ، أو شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة ، فإن عقد العمل يكون قابلا للابطال .

وغنى عن البيان أنه اذا كان العقد صحيحا ولكنه تضمن شرطا يخالف القواعد الآمرة فى قانون العمل والخاصة بحماية مصلحة العامل ، فإن هذا الشرط فقط هو الذى يبطل ، أما العقد ككل فيبقى صحيحا ويطبق عدا الشرط الباطل .

ولا يثير الحكم ببطلان العقد مشاكل عملية أو قانونية اذا لم يكن قد بدىء فى تنفيذه ، فاذا كان التنفيذ قد بدأ بأن قام العامل بأداء العمل ولو لفترة زمنية محدودة فعندئذ من الطبيعى أن تثور بعض الصعوبات التى تترتب على أن الحكم بالبطلان لا يمكن أن يمحى من الوجود بأثر رجعى ما تم تنفيذه تطبيقا للعقد الباطل .

وقد استقر القضاء الفرنسى ، وأيّده الفقه فى ذلك ، على أنّ صاحب العمل لا يستطيع أن يحتجّ ببطلان عقد العمل ، ليتهرّب من الوقوع تحت طائلة

---

(١) أنظر العدد السنوى لمجلة القانون الاجتماعى فى فرنسا سنة ١٩٤٦ والتى عرضت بالمناقشة لعدد من الاحكام التى صدرت فى هذا الخصوص .

العقاب ، لمخالفته بعض القواعد التنظيميّة الآمرة التى تحكم علاقة العمل على أساس أن القانون يحكم العمل وينظمه باعتباره واقعة مادية دون نظر الى صحة العقد أو عدم صحته .[١] .

كما ان بطلان العقد لا يعفى صاحب العمل من تسليم العامل شهادة الخدمة التى يلزمه قانون العمل بتسليمها ولا يعفى البطلان صاحب العمل من التزامه برد الأوراق أو الشهادات أو الأدوات التى قدمها العامل .

كذلك فان بطلان العقد لا يؤدى الى حرمان العامل من مزايا التأمين الاجتماعى بجميع أنواعه . وقد اصدرت محكمة التوص الفرنسية سنة ١٩٦٦ م حكما قررت فيه حق العامل فى الحصول على مقابل مهلة الإخطار بصدد انتهاء عقد عمل باطل .[٢] .

كما حكمت سنة ١٩٥٩ بالتعويض عن فصل غير مشروع ، حتى لو تقرر بعد ذلك الفصل غير المشروع ، أن العقد كان باطلا .[٣] .

أما من حيث التزامات العامل بمقتضى عقد باطل فانها تلزمه اذا لم يكن وجودها متعلقا على صحة العقد ، فالعامل يكون ملزما بالمحافظة على اسرار العمل التى اطلع عليها أثناء ممارسته العمل لدى صاحب العمل .[٤] .

وقد سبق أن ذكرنا أن العامل يستحق عند ابطال العقد تعويضا عن عمله الذى اداه تطبيقا لعقد باطل ، ولا يعد ما يحصل عليه أجرا لأن الأجر لا يستحق الا تطبيقا لعقد صحيح .

---

(١) انظر **J. rivero et J.savatier: drpit du travail 1956 p.354**

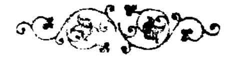
(٢) المرجع السابق ص ١١٦ .

(٣) المرجع السابق ص ١٦٥ .

(٤) انظر من حلمى مراد : قانون العمل والتأمينات الاجتماعى . الطبعة الرابعة سنة ١٩٦١ ص ٢٦٦ ، وأنظر كذلك أكثم الخولى : دروس فى قانون العمل سنة ١٩٥٧ ص ١١٨ .

ويرى بعض الكتاب ان العامل لا يجوز له أن يطالب بمقابل ما أداه من عمل يخالف النظام العام أو الآداب . ويؤسسون ذلك على القاعدة القانونية التى تتضمن أن الشخص الملوث لا يصح أن يستفيد من عمله وهى قاعدة ترجع فى اصلها للقانون الرومانى .[1] ويعترض بعض الفقهاء الآخرين على ذلك على اساس أن رفض طلب العامل فى هذ الحالة يخالف العدالة .

بينما يرى البعض الآخر أن يترك تقدير الأمر لقاضى الموضوع فاذا رأى المخالفة صارخة للنظام العام أو الآداب العامة حرم العامل من التعويض[2] . ولم تظهر الى الآن اتجاهات واضحة للقضاء فى المملكة فى هذا الخصوص وبصدد ما يترتب على بطلان عقود العمل من آثار لندرة هذا النوع من القضايا .



---

(١) أنظر من حلمى مراد المرجع السابق ص ٢٦٥ .

(٢) أنظر اسماعيل غانم : قانون العمل سنة ١٩٦١ ص ٢٣٠ .

الباب الرابع
آثار عقد العمل

الفصل الأول
آثار العقد بالنسبة للعامل

المبحث الأول : التزامات العامل

المطلب الأول

الالتزام بأداء العمل .

سبق أن أشرنا الى أنه يجب على العامل أن يؤدى العمل الذى تم الاتفاق عليه والالتزام الرئيسى على عاتق العامل هو الالتزام بأداء العمل موضوع العقد وذلك وفقا للمادة (٩٦ أ) التى تنص على أنه يجب على العمال أن ينجزوا العمل المطلوب منهم بموجب عقد عملهم تحت اشراف صاحب العمل وادارته ووفق تعلياته اذا لم يكن فى هذه التعليات ما يخالف العقد أو النظام والآداب العامة ولم يكن فى اطاعتها ما يعرض للخطر .

ويتحدد العمل موضوع العقد بشروط العقد ، فإن كانت غير كافية فإن مدى التزام العامل يتحدد بالرجوع الى ارادة الطرفين ونيتهما المشتركة والا رجع القاضى الى عرف الجهة وعرف المهنة فى تحديد نوع العمل المتفق عليه وذلك تطبيقا لنص النظام .

وبالاضافة الى ما نص عليه النظام يحدد العرف وقت وساعات العمل ووقت وساعات الراحة فيجب حتى بالنسبة لخدم المنازل أن يسمح رب العمل للعامل بالراحة الاسبوعية التى يحددها العرف كما يجب عليه بمقتضى القواعد العامة أن يترك له الفرصة الكافية لأداء واجباته الدينية والعائلية .

وتنص المادة (٦٩ ب) على انه يجب على العمال أن يعيدوا الى صاحب العمل المواد غير المستهلكة وان يعتنوا عناية كافية بالآلات والأدوات والمهمات والملابس الموضوعة تحت تصرفهم . وعليهم أن يبذلوا فى ذلك عناية الرجل المعتاد .

ويتحمل العامل إلتزامات عامة فى ادائه للعمل نصت عليها المادة (٩٦) من النظام كالتحلى أثناء العمل بحسن السلوك والأخلاق .

١- هل يجوز تكليف العامل بأداء عمل غير المتفق عليه ؟

أوجبت المادة (٦٩) على العامل تقديم كل عون ومساعدة لرب العمل فى حالات الكوارث والاخطار التى تهدد سلامة مكان العمل أو الأشخاص العاملين فيه ودون اشتراط أجر اضافى لذلك .

ولكن لا يجوز لرب العمل أن يكلف العامل بعمل يخالف شروط العقد . فالأصل أنه ليس لرب العمل أن يأمر العامل بأداء عمل آخر يختلف عن العمل موضوع العقد . الا على سبيل الاستثناء ووفقا لاحكام الفقرة (٢) من المادة (٧٩) التى نصت على انه (لا يجوز تكليف العامل بعمل يختلف اختلافا جوهريا عن العمل المتفق عليه بغير موافقته الكتابية الا فى حالات الضرورة وبما يقتضيه طبيعة العمل وعلى أن يكون ذلك بصفة مؤقتة) .

ويبين فى النص سالف الذكر أن النظام يفرق بين التغيير الجوهرى والتغيير

غير الجوهرى فى طبيعة العمل . فالتغيير غير الجوهرى يملكه صاحب العمل دون موافقة العامل حتى تتحقق المرونة الكافية لمواجهة مختلف الحالات فى اطار مصلحة العمل وذلك وفقا لتقدير رب العمل ومن أمثلة التغيير غير الجوهرى أن يكون هناك صراف يقوم بالتحصيل فيكلفه صاحب العمل بصرف أجور العمال أو أن تسند مهمة المراجعة الى عامل يتولى القيد فى الدفاتر ونحو ذلك أو تكليف العامل فى حياكة القمصان بالعمل فى حياكة الأثواب ولكن يجب طبقا لأحكام القضاء الا يكون العمل الجديد أقل درجة من العمل الأول ولو لم يتغير الأجر وعلى ذلك لا يجوز تكليف الممثل الذى اتفق معه على أداء الدور الأول بتمثيل ادوار ثانوية حتى مع بقاء الأجر كما هو .[١] .

واذا قام رب العمل بتغيير عمل العامل تغييرا جوهريا كان من حق العامل وفقا للمادة (٨٤) فقرة (٢) أن يترك العمل قبل نهاية العقد دون اعلان سابق مع عدم الاخلال بحقه فى التعويض والمكافأة .

٢- هل يجوز تغيير مكان العمل ؟

يثير تغيير مكان عمل العامل الكثير من الخلافات نظرا لأنه يمس استقرار العامل فى مكان معين . ولهذا السبب تتجه بعض تشريعات العمل الحديثة كقانون العمل الليبى والتشيكى الى الزام أطراف العقد بتحديد مكان العمل فى العقد ذاته .

وقد وضعت المادة (٧٨) من نظام العمل السعودى القواعد الخاصة بحق رب العمل فى تغيير مكان عمل العامل فنصت على أنه (لا يجوز له أن ينقل العامل من مكان عمله الأصلىّ الى مكان آخر يقتضى تغيير محل اقامته اذا كان من شأن النقل أن يلحق ضررا جسيما ولم يكن له سبب مشروع تقتضيه طبيعة العمل) .

---

(١) أنظر مدونة الفكهانى الجزء الأول تحكيم القاهرة فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ م .

ويتضح من هذا النص أن رب العمل حر فى اجراء النقل المكانى البسيط الذى لا يضطرّ العامل الى تغيير محل اقامته ـ كالنقل من فرع الى فرع داخل المدينة الواحدة ـ على الا يتعسف فى استعمال هذا الحق طبقا للقواعد العامة .

أما النقل الذى يقتضى من العامل تغيير محل اقامته ـ كالنقل من جدة الى الرياض أو العكس ـ فيجب لجوازه شرطان أولهما : عدم التعسف بأن يكون هذا النقل راجعا لسبب مشروع تقتضيه طبيعة العمل كأزدياد ضغط العمل فى المدينة التى ينقل اليها وقلته فى المدينة التى ينقل منها . والشرط الثانى : هو الا يلحق هذا النقل بالعامل ضررا جسيما . ويقدر القاضى وجود أو عدم وجود الضرر الجسيم فى ضوء الظروف ووفقا للاعتبارات الخاصة بكل حالة على حدة . وفى حالة نقل العامل بالمخالفة بحكم المادة (٧٨) من النظام يكون من حق العامل أن يرفض تنفيذ النقل المكانى وأن يترك العمل قبل نهاية العقد دون سابق انذار مع عدم الاخلال بحقه فى مكافأة نهاية الخدمة وفى التعويض عما لحقه من ضرر وذلك وفقا لاحكام المادة (٨٤) فقرة (٢) من النظام . وتقضى المادة (٧٩ / ١) من النظام بأنه لا يجوز لصاحب العمل أن ينقل العامل ذا الاجر الشهرى بغير موافقته المكتوبة الى سلك عمال المياومة أو العمال المعينين بأجر اسبوعى أو بالقطعة أو بالساعة .

ويكون العامل فى حالة موافقته على النقل مستحقاً جميع الحقوق التى كسبها فى المدة التى قضاها بالأجر الشهرى كما تعتبر الدرجة المصنف عليها العامل حقا مكتسبا له فلا يجوز نقله الى درجة أدنى منها .

وقد ورد فى النص أن الموافقة على النقل لا تؤدى الى حرمان العامل المنقول من الحقوق التى اكتسبها بحكم وجوده فى سلك المشتغلين بالأجر الشهرى كالحق فى مدة اخطار اطول عند انهاء العقد (مادة ٧٣) والحق فى مكافأة نهاية الخدمة (مادة ٨٧) وغيرها من الحقوق التى يتضمنها النظام .

٣ ـ هل يجوز لرب العمل تشغيل العامل زيادة عن الساعات المقررة ؟

تقضى المادة (١٤٧) من النظام بأنه لا يجوز تشغيل العامل تشغيلا فعليا أكثر من ثمانى ساعات فى اليوم الواحد أو ثمان وأربعين ساعة فى الاسبوع لسائر شهور السنة عدا شهر رمضان المبارك فيجب الا تزيد ساعات العمل الفعلية عن ست ساعات فى اليوم أو ست وثلاثين ساعة فى الاسبوع لا تدخل فيها الفترات المخصصة للصلاة والراحة والطعام .

ويجوز زيادة ساعات العمل الى تسع ساعات فى اليوم بالنسبة لبعض فئات العمال أو فى بعض الصناعات والأعمال التى لا يشتغل فيها العامل باستمرار كالمؤسسات الموسمية والفنادق والمقاصف والمطاعم وغيرها كما يجوز تخفيض ساعات العمل فى اليوم لبعض فئات العمال أو فى بعض الصناعات أو الأعمال الخطرة أو الضارةويكون تحديد فئات العمال والصناعات والاعمال سالفة الذكر بقرار من وزير العمل .

كما نصت المادة (١٤٨) على ان يتم تنظيم ساعات العمل بحيث لا يعمل أى عامل أكثر من خمس ساعات متوالية دون فترة للراحة والصلاة والطعام لا تقل عن نصف ساعة فى المرة الواحدة أو ساعة ونصف الساعة خلال مجموع ساعات العمل وبحيث لا يبقى العامل فى مكان العمل اكثر من احدى عشرة ساعة فى اليوم الواحد .

أما فى المعامل التى يكون فيها العمل على افواج متعاقبة فى الليل والنهار فينظم وزير العمل بقرار منه كيفية منح العمال فترات الراحة والصلاة والطعام .
هذه هى القواعد العامة التى فرضها النظام فى المادتين (١٤٧) (١٤٨) منه ، ومع ذلك يجوز لرب العمل تشغيل العمال فى ساعات عمل اضافية فى احوال حددها النظام فى المادة (١٥٠) منه على سبيل الحصر ، وهى :

١ ـ اعمال الجرد السنوى واعداد الميزانية والتصفية وقفل الحسابات والاستعداد للبيع بأثمان مخفضة والاستعداد للمواسم ولكن بشرط الا تتجاوز مدة التشغيل الاضافى (٣٠) يوما فى السنة .

٢ ـ الاعياد والمواسم والمناسبات الأخرى والأعمال الموسمية التى تحدد بقرار من وزير العمل . ومن أمثالها موسم الحج ومواسم الأصطياف .

٣ ـ اذا كان العمل لمنع وقوع حادث أو اصلاح ما نشأ عنه أو لتلافى خسارة محققة لمواد قابلة للتلف .

٤ ـ اذا كان التشغيل بقصد مواجهة ضغط عمل غير عادى . والمقصود بذلك هو الضغط الطارىء غير المتوقع وخارج الموسم المعتاد لضغط العمل .

ويجب فى الحالتين الأخيرتين على صاحب العمل أن يقوم بابلاغ مكتب العمل المختص خلال (٢٤) ساعة لبيان الحالة الطارئة والمدة اللازمة لاتمام العمل والحصول على تأييد كتابى بالموافقة .

وهناك شرط عام فى جميع الحالات السابقة وهو الا تزيد ساعات العمل الفعلية عن عشر ساعات فى اليوم .

ولما كان اشتغال العامل ساعات عمل اضافية أمرا استثنائيا وفيه اعتداء على الراحة الواجبة للعامل فقد كان من الطبيعى أن يكون الأجر عن الساعات الإضافيّة اعلى من الأجر المعتاد . وقد حددت المادة (١٥١) نسبة الزيادة بخمسين فى المائة من الأجر العادى . أما اذا وقع العمل فى يوم الراحة الأسبوعية أو ايام الأعياد والعطلات الرسمية فإن ساعات التشغيل فى هذه الأيام تكون كلها ساعات اضافية ويستحق العامل عنها اجرا يزيد ٥٠ ٪ عن أجر ساعات العمل الأصلية .

المطلب الثانى

الالتزام بحفظ أسرار العمل

توجب المادة (٩٦) من النظام على العمال أن (يحفظوا الأسرار الفنية أو التجارية أو الصناعية للمواد التى ينتجونها أو التى ساهموا فى انتاجها بصورة مباشرة أو غير مباشرة وبصورة عامة جميع الأسرار المهنية المتعلقة بالعمل والتى من شأن افشائها الإضرار بمصلحة صاحب العمل .

ويقصد بالأسرار الفنية والصناعيّة ما يتعلق بالانتاج فى المنشأة التى يعمل بها العامل ، ويقصد بالأسرار التجارية كل ما يتعلق بنشاط صاحب العمـل ومعاملاته وخاصة ما يتعلق بالأرباح والخسائر والاسعار التـى يتـم بهـا البيع والشراء .

ومجرد وصول المعلومات الى علم العامل أثناء عمله ، لا يعنى أن الأمر يعد احد أسرار العمل ، بل يجب أن تكون المسألة سرا غير معروف للكافة . وعلى هذا اذا اذيع السر من الغير ، فإن حديث العامل عنه لا يعتبر من قبيل افشاء الأسرار ، لأن المسألة لم تعد سرا . مثال ذلك اذا اعلن صاحب العمل عن اسرار نشاطه فى وسائل الاعلام ، فإن حديث العامل فى هذا الشأن لا يعد من قبيل افشاء الأسرار .

وكذلك اذا اتضح أن المعلومات التى توصل العامل الى معرفتها أثناء عمله تكون جريمة جنائية ، فانه لا يلزم بالسكوت ، ولا يعد ابلاغه عن الجريمة افشاء لأسرار العمل لأن هذا يدخل فى واجبه كمواطن .

ويلتزم العامل بالمحافظة على اسرار العمـل طوال عملـه لدى صاحـب العمل ، وكذلك بعد انتهاء عقد العمل . ومن الجدير بالذكر أن افشاء االسر معناه اذاعته للغير . أما اذا كان العامل قد أفاد شخصيا من المعلومات التى وصلت اليه أثناء عمله فان هذا لا يدخل فى عداد افشاء الأسرار ، فاذا أقام العامل مشروعا لحسابه بعد انتهاء علاقة العمل بينه وبين صاحب العمـل ، واستفاد من المعلومات التى وصلت الى علمه اثناء عمله ، ما لم يكن فى ذلك ما يخل بحق الغير فى التأليف أو الاختراع فلا يكون هذا إفشاء للأسرار . والواقع أن هذا هو الذى يؤخذ من عبارة نص النظام السعودى التى تحظر افشاء الأسرار ولكنها لا تحظر استفادة العامل منها . وقد استقر القضاء فى مصر وبعض البلاد العربية على هذا الحكم كما اخذ به القضاء الفرنسى منذ مدة طويلة .

المطلب الثالث

الالتزام بعدم منافسة رب العمل

الأصل أن حرية الشخص فى ممارسة أى نوع من العمل المشروع حرية شخصية لا قيود عليها الا للضرورة وبمقتضى النظام ، ولم يرد فى نظام العمل والعمال ما يحرم على العامل منافسة رب العمل الذى كان يعمل لديه لأن مثل هذه المنافسةتدخل فى باب حرية العمل وهى من النظام العام ويمكن أن تؤدى الى كسر احتكار صاحب العمل للسوق والى فائدة الجمهور .

كذلك فلما كان الالتزام بحفظ اسرار العمل لا يمنع العامل من استغلال هذه الأسرار لمصلحته الخاصة ، فقد جرت بعض المنشآت الصناعية والتجارية التى يطلع عمالها على اسرارها المهنية على أن تشترط على هؤلاء العمال فى عقود العمل عدم منافستها بعد انتهاء عقودهم معها ، وليس فى التشريع السعودى نص عن حكم هذا الشرط اذا تضمنته عقود العمل .

والواقع أن هذا الشرط اذا تضمنته عقود العمل يعد من الشروط الخطيرة البعيدة الأثر ، وازاء خلو النظام السعودى من حكم هذا الشرط فقد يكون من المفيد أن نعرف ما انتهى اليه القضاء فى البلاد الأخرى . ففى انجلترا انتهى القضاء الانجليزى الى بطلان هذا الشرط كقاعدة عامة لمخالفته للنظام العام ووضع القضاء المذكور شروطا معينة لتقدير ملاءمة ومشروعية هذا الشرط فى احوال معينة[١] وفى فرنسا استقر القضاء على بطلان هذا الشرط اذا كان مطلقا من حيث الموضوع والزمان والمكان ، وفى أى حالة يكون وضع مثل هذا الشرط فيها تعسفيا[٢] وقد انتهى القضاء فى مصر كذلك فى غيبة النصوص التشريعية الى بطلان شرط عدم المنافسة كذلك اذا كان عاما ومطلقا من حيث الزمان والمكان[٣] .

---

(١) أنظر **W.E. Cooper : Ontline of Jndustrial law 7 had 1962 P. 45**

(٢) أنظر **A Burn Gallantd Droitdu Travail 1958 P. 58**

(٣) أنظر مجلة المحاماه المصرية السنة الحادية عشرة ص ٦٥٥

المطلب الرابع

هل يوجب النظام التزاما عاما بالاخلاص لرب العمل ؟

اتجه بعض الفقهاء الى ان عقد العمل يلقى على عاتق العامل التزاما عاما بالاخلاص لرب العمل . هذا الالتزام ليس الا صورة خاصة من حسن النية فى تنفيذ العقود وهو يلزم العامل بأن يمتنع عن القيام بكل ما قد يسبب الضرر لرب العمل وأن يقوم بكل ما يؤدى الى حماية مصالحه ورعايتها .

وقد ذهب هؤلاء الفقهاء الى أن هذا الالتزام العام يتضمن عدة التزامات اخرى أولها أن يمتنع العامل عن العمل لدى رب عمل آخر فى الوقت الذى يجب أن يخصصه لعمله ، واذا كان للعامل ان يعمل فى خدمة رب عمل آخر فى ساعات فراغه فان هذا العمل لدى الغير يجب الا يكون من شأنه أن يخل بواجبات العامل فى عمله الأصلى فلا يجوز للعامل أن يعمل لدى منافس لرب العمل ولا حتى أن يقوم فى خدمة أى شخص بأعمال شاقة ينجم عنها الا يتمكن من اداء عمله الأصلى على النحو المرضى . كذلك يجب على العامل وفقا لما يراه هؤلاء الفقهاء أن يحتفظ بالاسرار التجارية أو الصناعية لرب العمل وان يمتنع عن منافسته منافسة غير مشروعة بعد انتهاء عقد العمل .

وأخيرا يجب على العامل كذلك أن يمتنع عن قبول أى رشوة من العملاء دون علم رب العمل وذلك فيما عدا الصور المألوفة التى يقرها رب العمل كصورة (الوهبة) الأمر الذى قد يترتب عليه انهيار سمعة المنشأة .

والواقع انه يبين من استعراض احكام النظام انه لا وجود لمثل هذا الالتزام العام ، وما دام العامل يؤدى التزامه بالعمل فى حدود النظام فلا سلطان عليه من رب العمل ولا محل لفرض رقابة على نشاطه المشروع المستند الى مبدأ حرية العمل متى باشر هذا النشاط فى غير ساعات العمل .

ولا يحظر على العامل أن يعمل فى خدمة رب عمل منافس الا اذا كان هذا المنع يستند الى شرط صريح فى عقد العمل أو كان يقضى به مبدأ حسن النية فى

تنفيذ العقود نظرا للطبيعة الخاصة للعمل ولاطلاع العامل على اسراره .

وحاصل ما تقدم أنه لا يبقى من تطبيقات هذا الالتزام بالاخلاص الا ما نص عليه النظام صراحة كالالتزام بعدم الافشاء للاسرار الصناعية والتجارية وعدم قبول ما يبذله العملاء من الرشوة المعاقب عليها جنائيا . أما فيما عدا ذلك فلا وجود لهذا الالتزام العام بالاخلاص الذى يعد تقييداً لا أساس له لحرية العامل وتدخلا لا مبرر له فى حياته الخاصة .

ومن البديهى أن هذا لا يعنى انه يجوز للعامل أن يأتى بأعمال يضر بها رب العمل ولكن المقصود أن تقتصر التزامات العامل على الحدود المقررة نظاما .

المطلب الخامس

الالتزام باتباع تعليمات الوقاية

نصت المادة (٩٨) من النظام على أنه يجب (على العامل أن يستعمل الوسائل الوقائية المخصصة لكل عملية وأن يحافظ عليها وأن ينفذ التعليمات الموضوعة للمحافظة على صحته ووقايته من الإصابات والأمراض وعليه أن يمتنع عن ارتكاب أى فعل أو تقصير يتسبب عنه عدم تنفيذ التعليمات أو إساءة استعمال أو تعطيل الوسائل المعدة لحماية صحة العمال المشتغلين معه وسلامتهم . ويجوز لصاحب العمل أن يضمن لائحة الجزاءات عقاب كل عامل يخالف احكام هذه المادة .) .

المبحث الثاني : حقوق العامل

للعامل قبل رب العمل الحقوق الآتية :

١ ـ حقه فى الأجر .

٢ ـ حقه فى التمتع بالاجازات التى قررها النظام .

٣ ـ حقه فى الاختراع الذى يصل اليه اثناء العمل وفقا للقواعد التى نص عليها النظام .

٤ ـ حقه فى العلاج الطبى والوقاية من اخطار العمل .

٥ ـ حقه فى أن تقدم اليه بعض الخدمات الضرورية والترفيهية والتجارية وخدمات النقل .

٦ ـ حقه فى فسخ العقد فى احوال معينة .

وسنقتصر على دراسة الحقوق الثلاثة الاولى تحت عنوان حقوق العامل .

أما حق العامل فى العلاج الطبى والوقاية من اخطار العمل فنظرا لأن العلاج الطبى للعامل يتوقف على عدد العمال فى كل منشأة على حدة فإننا نفضل أن ندرسه من ناحية أنه التزام على رب العمل يختلف فى مستواه حسب عدد عمال المشروع والمنشأة .

ويلحق بالعلاج الطبى دراسة التزام رب العمل بوقاية العامل من اخطار العمل اذ هما يهدفان الى الرعاية الصحية للعامل كذلك فنظرا لأن الخدمات الضرورية والترفيهية والتجارية وخدمات النقل التى تقدم للعامل يتوقف اكثرها على عدد العمال فإننا نفضل كذلك دراستها من زاوية انها التزام على رب العمل قد يتوقف مستواه على عدد العمال . أما حق العامل فى فسخ العقد فإننا سندرسه مع حق رب العمل فى فسخ العقد تحت عنوان أسباب انتهاء عقد العمل .

المطلب الأول

الأجــــر

تنص الفقرة (٦) من المادة (٧) من نظام العمل على تعريف الأجر بأنه (كل ما يعطى للعامل مقابل عمله بموجب عقد مكتوب أو غير مكتوب ، مهما كان نوع الأجر ، سواء أكان نقدا أم عينا مما يدفع بالشهر أو بالاسبوع أو باليوم أو بالقطعة أو بالنسبة لساعات العمل او لمقدار الانتاج ، سواء كان ذلك

كله أو بعضه من عمولات أو من الهبة اذا جرى العرف بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بضبطها ، وبصورة عامة يشمل الأجر جميع الزيادات والعلاوات أيا كان نوعها ، بما فى ذلك تعويض غلاء المعيشة وتعويض اعباء العائلة .

والأجر عنصر جوهرى أساسى فى عقد العمل مهما كانت صورته ، وأيا كان مقداره ، ومهما كانت طريقة دفعه ، فهو ثمرة جهد العامل والالتزام الرئيسى الذى يترتب على عاتق صاحب العمل مقابل العمل الذى يؤديه العامل فعقد العمل هو من عقود المعاوضة وليس من عقود التبرع ، ولذا كان طبيعيا أن يلتزم صاحب العمل بدفع الأجر للعامل ، سواء كانت اعماله رابحة أم خاسرة ،ولذلك تعتبر الصفة الجزافية للأجر من ابرز سماته .

وقد أكدت المادة (٧٠) من نظام العمل اهمية الأجر فى عقد العمل اذ نصت على أن (عقد العمل هو عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل ، يتعهد الأخير بموجبه ان يعمل تحت ادارة صاحب العمل أو اشرافه مقابل أجر) . كما نصت المادة (١٢٢) من نظام العمل على أنّه : (يفترض فى اداء الخدمة أن يكون بأجر اذا كان قوام هذه الخدمة عملا لم تجر العادة بالتبرع به ، أو عملا داخلا فى مهنة من أدّاه) .

وغنى عن البيان انه لا يشترط لاستحقاق الأجر أن يقوم العامل بأداء العمل فعلا ، بل يستحق الأجر اذا أبدى استعداده للقيام به فى مواعيده متى كان السبب الذى يمنعه عن العمل راجعا الى صاحب العمل .

وقد نصت المادة (٩٣) من النظام على انه (اذا حضر العامل أو المستخدم لمزاولة عمله فى الفترة اليومية التى يلزمه بها عقد العمل أو اعلن انه مستعد لمزاولة عمله فى هذه الفترة ولم يمنعه عن العمل الا سبب راجع الى صاحب العمل كان له الحق فى أجر ذلك اليوم) .

وسنعرض فيما يلى للضمانات التى وضعها النظام بشأن الأجر فى خصوص العملة التى يدفع بها وزمن دفع الأجر ومكانه . وغنى عن البيان أن رب العمل لا يستطيع أن يخفض من اجر العامل بأى صورة الا وفقا لاحكام النظام وطبقا

لقراراته طبقا لمادة (٢٠٨) من النظام ، ويحق للعامل ترك العمل اذا خفض رب العمل اجره على غير مقتضى النظام ويكون تركه للعمل كما لو كان الفسخ صادرا من رب العمل ويتم بغير اعلان من العمل فى هذه الحالة . على انه يحق لرب العمل دائما ان يمتنع عن سداد اجر العامل الا اذا وقع العامل على الاستلام فى السجل المعد لذلك وفقا للمادة (١١٨) من النظام .

وسنعرض فيما يلى للضمانات التى وضعها النظام بشأن الأجر فى خصوص العملة التى يدفع بها ، وزمن دفع الأجر ومكانه وطرق تحديده .

اولا : العملة التى يدفع بها الأجر :

تنص المادة (١١٦) من نظام العمل على انه (يجب دفع اجر العامل وكل مبلغ مستحق له بالعملة الرسمية للبلاد) وينطوى هذا على الزام صاحب العمل بالوفاء بأجور العامل بالريالات السعودية ، فلا يجوز له الوفاء بها بعملة اجنبية ، حتى يلتزم العامل بما قد يترتب على ذلك من فروق استبدال العملة ، وحتى يتجشم عناء الانتقال الى المصارف والبنوك لأجراء الاستبدال .

كذلك لا يجوز دفع الأجر بصورة غير نقدية كما فى حالة النقد الاتفاقى كالقوائم والبطاقات التى ليس لها قوة التداول الرسمية ، بل يقتصر قبولها فى مخازن معينة يحددها صاحب العمل ويستطيع ان يشترى فيها ما يريده من حاجات بواسطة هذا النقد الاتفاقى[١] .

وقد نصت المادة الثالثة من اتفاقية العمل الدولية رقم (٩٥) التى اعدها مؤتمر العمل الدولى لسنة ١٩٤٩ على أن الأجر المعين نقدا لا يجوز دفعه الا بنقد ذى تداول قانونى ، ويمتنع دفعه ببطاقات أو سندات لأمر أو حوالات .

يجوز للسلطة المختصة ان تجيز دفع الأجور بالشيكات أو بالحوالات المصرفية اذا جرت العادة بذلك أو عند موافقة العامل على ذلك .

كما يجوز أن يتم الاتفاق بين العامل ورب العمل على أن يكون الأجر بعملة أجنبية كالدولار أو الجنيه الاسترلينى .

(١) انظر د . محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى قانون العمل سنة ١٩٦٤ ص ٢٧٤ .

ثانيا : التحديد النظامى لوقت الوفاء بالأجر ومكانه :

نصت المادة (١٢٦) من نظام العمل كذلك على تحديد نظامى الزمان ومكان الوفاء بالأجر بما ييسر على العامل الحصول على اجره ، وفى هذا الخصوص نصت المادة المذكورة على ان يكون دفع الأجر فى مكان العمل ، حتى لا يتكبد العامل مشقة الانتقال من مكان عمله الى حيث يتم الوفاء له بالأجر .

كما نصت المادة المذكورة على أن يكون دفع الأجر (فى ساعات العمل) حتى لا يلتزم العامل بالانتقال فى أيام الراحة أو خارج أوقات الدوام ، الى مقر العمل للحصول على الأجر . ووفقا للمادة سالفة الذكر يتم سداد الأجر للعامل طبقا لما يأتى :

١ ـ بالنسبة للعمال باليومية تصرف اجورهم مرة كل اسبوع على الأقل .

٢ ـ وبالنسبة للعمّال ذوى الأجور الشهرية تصرف أجورهم مرة فى الشهر .

٣ ـ أما اذا كان العمل يؤدى بالقطعة ويحتاج لمدة تزيد على اسبوعين فيجب أن يحصل العامل على دفعة كل اسبوع تتناسب مع ما اتمه من عمل ، على أن يصرف باقى الأجر كاملا فى الاسبوع التالى لتسليم العمل .

٤ ـ فى غير الاحوال السابقة تؤدى للعمال أجورهم مرة كل اسبوع على الأقل .

وقد نصت المادة (١١٧) من نظام العمل على أنه (اذا انتهت خدمة العامل وجب دفع أجره فورا ، أما اذا ترك العمل من تلقاء نفسه ، فيجوز فى هذه الحالة دفع أجره خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ تركه العمل .

وغنى عن البيان أن وضع القواعد السابقة التى تكفل سرعة سداد الأجر للعامل يرجع الى اعتبارات انسانية واجتماعية لا تخفى على احد مردها قلة دخل العامل بوجه عام وحاجته الماسة اليه ، وقد استجاب المشرع فى هذا الى الحديث الشريف (اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) .

ثالثا : طرق تحديد الأجر :

١ ـ التحديد الاتفاقى بمقتضى العقد :

الأصل أن الأجر يتحدد فى العقد باتفاق الطرفين ، ولكن صاحب العمل هو الذى يستقل غالبا بتحديده ، بينما يقتصر دور العامل على الإذعان لهذا التحديد والقبول بالأجر المعروض عليه .

وتحديد الأجر فى العقد هو الطريق الطبيعى والمنطقى بشأن تحديد الأجر وعلى هذا نصت المادة (٧٠) من النظام على أن يتضمن العقد (شروط العمل المتفق عليها) وبديهى أن الأجر من أهم عناصر العقد التى قصد المشرع ادراجها فى العقد .

واذا تضمن العقد تحديدا اتفاقيا للأجر امتنع على صاحب العمل تخفيضه الا فى الأحوال التى ينص عليها النظام ووفقا للمادة (٢٠٨) التى سبق أن أشرنا اليها ولكن من البديهى أنه يجوز لرب العمل زيادة أجر العامل ومنحه علاوات اضافية تقديرا لكفاءته فى تأدية العمل .

٢ ـ التحديد بحكم القضاء :

اذا لم يتم تحديد الأجر اتفاقا ولم ينص عقد العمل على أجر العامل ، جاز للعامل أن يلجأ الى اللجنة المختصة لالزام رب العمل بأن يدفع له (الأجر المقدر لعمل من ذات النوع ان وجد ، والا قدر الأجر طبقا لعرف المهنة وعرف الجهة التى يؤدى فيها العمل ، فإن لم يوجد تولت اللجنة تقدير الأجر وفقا لمقتضيات العدالة) . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (١٢٣) من نظام العمل .

ويحق للعامل فى جميع الاحوال التى يمنح فيها اجرا دون الأجر المتفق عليه أو دون الحد الأدنى للأجر كذلك اذا انخفض الأجر المتفق عليه عن الحدّ الأدنى للأجور ، جاز للعامل ان يطلب الى اللجنة المختصة إلزام رب العمل بدفع الفرق المستحق له . ولا يخل هذا باعمال المادة (٢٠٠) من النظام التى تقرر عقوبة على صاحب العمل وكل شخص مسئول عن دفع الأجور اذا خالف

أيا من احكام الفصل السادس من النظام والخاص بحماية الأجر . وقد قدرت المادة المذكورة العقوبة بواقع غرامة قدرها مائتا ريال عن كل عامل .

٣ ـ التحديد النظامي للأجر :

قد يجد المشرع من الضروري فى احوال معينة أن يتدخل فيضع حدا ادنى للأجر لأسباب اقتصادية أو اجتماعية واضحة ، وقد نصت المادة (١١٥) من النظام على انه يجوز لمجلس الوزراء عند الاقتضاء تحديد حدّ ادنى للأجور بصفة عامة أو بالنسبة لمنطقة معينة أو لمهنة معينة .

٤ ـ أجور الساعات الإضافيّة :

أجاز النظام فى المادة (١٥٠) منه لرب العمل تشغيل العمال ساعات اضافية فى احوال محددة على سبيل الحصر على نحو ما ذكرنا . ويشترط فى جميع الأحوال أن لا تزيد ساعات العمل الفعلية عن عشر ساعات فى اليوم .

وتعتبر ساعة اضافية كل ساعة يقضيها العامل فى العمل خارج أوقات الدوام العادى . فاذا كان دوام المنشأة محددا بست ساعات فعلية فى اليوم ، فتعتبر كل ساعة عمل تزيد عن هذا القدر ساعة اضافية ، اذ أن الحد الذى عينته المادة (١٤٧) من نظام العمل بثمانى ساعات فى اليوم الواحد هو الحد الأقصى الذى لا يجوز لصاحب العمل تجاوزه فى الأحوال العادية .

وقد سبق أن ذكرنا أن النظام حدد أجور الساعات الإضافيّه فى المادة (١٥١) التى نصت على انه (يجب على صاحب العمل أن يدفع للعامل عن ساعات العمل الإضافيه أجرا اضافيا يوازى أجره العادى مضافا اليه (٥٠ ٪) خمسين فى المائة فاذا وقع العمل فى يوم الراحة الاسبوعية أو أيام الأعياد أو العطلات الرسمية كان على صاحب العمل أن يدفع للعامل أجرا اضافيا عن ساعات العمل العادية أو الإضافيّه) .

وتنص المادة (١٥) من نظام العمل على أن (تعتبر المبالغ المستحقة للعامل أو معوليه بمقتضى احكام هذا النظام ديونا ممتازة من الدرجة الاولى ، وللعامل فى سبيل استيفائها كما لورثته امتياز على جميع اموال صاحب العمل .

وفى حالة افلاس صاحب العمل أو تصفية مؤسسته ، تسجل المبالغ المذكورة كديون ممتازة ويدفع للعامل معجلا حصة تعادل أجرة شهر واحد ، وذلك قبل سداد أى مصروف آخر بما فى ذلك المصروفات القضائية ، أو مصروفات التفليسة أو التصفية .

المطلب الثانى

الحق فى الاجازات

تدخل المشرع كما رأينا فيما سبق محددا ساعات العمل ، ثم ضمن المشرع النظام كذلك تحديد اجازات العامل ففرض راحة اسبوعية للعامل كما فرض له اجازات رسمية فى مناسبات معينة بالاضافة الى اجازة سنوية والى حقه فى اجازة مرضية وفقا للقواعد التى حددها النظام .

وعلاوة على ذلك حدد المشرع فى النظام قواعد اجازة الوضع للعاملة الحامل .

وفيما يلى بيان لأنواع الاجازات التى يستحقها العامل .

فللعامل الحق فى اجازات متعددة نص عليها النظام يسقط عنه فيها واجب العمل بل ويكون عليه الا يعمل خلالها . وقد ورد النص على هذه الاجازات فى المادة (١٤٩) والمواد من (١٥٣) الى (١٥٩) وكذلك المادة (١٦٤) الخاصة باجازة الوضع للنساء العاملات .

أولا : الاجازات المقررة للعامل :

١ ـ العطلة الاسبوعية :

من المقرر أن انقطاع العامل عن العمل يوما فى الاسبوع أمر ضرورى لتجديد نشاطه ولتمكينه من رعاية اسرته والقيام بواجباته الدينية . ولقد كان طبيعيا أن يعتبر يوم الجمعة من كل اسبوع يوم راحة بأجر كامل . ولكن مع ذلك يجوز لصاحب العمل فى الاعمال التى لا تسمح طبيعتها بالتوقف يوما فى الاسبوع (مخابز ـ صحف ـ مطارات ـ الخ ...) أن يكلف بعض عماله بالعمل

فى هذا اليوم بعد الحصول على موافقة مكتب العمل المختص وبشرط أن يعوض هؤلاء العمال عن يوم الجمعة الذى عملوا فيه بيوم آخر من ايام الأسبوع يكون عطلة بأجر كامل كما يجب أيضا أن يمكن هؤلاء العمّال فى جميع الاحوال من القيام بواجباتهم الدينيّة (مادة ١٤٩) .

هذا وقد جرت بعض الدول على جعل الراحة الاسبوعية لمدة يوم ونصف يوم ، وهذا ما يطلق عليه بنظام اسبوع العمل الانجليزى ، لأن انجلترا كانت أول من أخذ به[١] بل ان بعض الدول قد جرت فى الاتفاقات الجماعية فيها على تحديد الراحة الاسبوعية بيومين[٢] .

٢ ـ اجازة الاعياد :

نص النظام على أن لكل عامل الحق فى اجازة بأجر كامل فى الاعياد التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العمل ولا تزيد عن عشرة أيام فى السنة (مادة ١٥٥) . وتشمل هذه الإجازة عيد الفطر وعيد الأضحى واليوم الوطنى للمملكة .

٣ ـ الاجازة السنوية :

يعد حصول العامل على اجازة سنوية ليستريح فيها منقطعا عن العمل مسألة ضرورية وحيوية وتعتبر الاجازة السنوية الآن من الحقوق المقررة للعامل فى مختلف بلاد العالم (٣) وذلك لتجديد نشاط العمال والمحافظة على صحتهم فضلا عن الاستجابة اليها للاعتبارات الأخرى المختلفة التى تتصل بالحياة الاجتماعية والفكرية للعامل .

---

(١) انظر محمد حلمى مراد : المرجع السابق (ص ٤٧٦) .

(٢) انظر فتحى المرصفاوى : النظرية العامة فى عقد العمل ١٩٧٣ ص ٦٦ .

(٣) اهتمت منظمة العمل الدولية بهذا الموضوع وعقدت عدة اتفاقات لضمان حقوق العمال فى الاجازات السنوية ،ومنها الاتفاقية رقم ٥٢ سنة ٣٦ ، والاتفاقية رقم ٥٤ سنة ١٩٣٦ والاتفاقية رقم ١٠١ سنة ١٩٥٢ ثم صدرت فى سنة ١٩٥٤ توصية من مؤتمر العمل الدولى تتعلق بحق العمال فى الحصول على اجازة سنوية بأجر لمدة لا تقل عن اسبوعين .

وتنص المادة (١٥٣) من النظام على انه (يستحق كل عامل امضى فى خدمة صاحب العمل عاما كاملا اجازة سنوية مدتها خمسة عشر يوما بأجر كامل يدفع مقدما وتزاد الاجازة الى (٢١) يوما متى امضى العامل عشر سنـوات متصلة فى خدمة صاحب العمل .

ولقد كان من البديهى أن يراعى المشرع وجوب التوفيق بين حق العامل فى الاجازة السنوية وحق رب العمل فى تنظيم سير مشروعه فى خلال العام فجعل لصاحب العمل حق اختيار (تواريخ اجازات عماله حسب مقتضيات العمل أو منحها بالتناوب لكى يؤمن سير عمله) (مادة ١٥٣ / ٢) .

وتجيز بعض التشريعات لصاحب العمل تجزئة اجازة العامل بشرط أن يمنح الأسبوع الأول منها كاملا غير مجزأ ويوجب بعضها الآخر أن يقع جزء من الاجازة السنوية فى الفصل العام للاجازات فى الدولة .

ونظرا لأن المشرع السعودى لم ينص على جواز التجزئة فإن الراجح القول بأنه ليس لصاحب العمل فى التشريع السعودى أن يجزىء الاجازة بدون موافقة العامل لأن الأصل أن تمنح الاجازة دون تجزئة حتى تحقق الهدف منها وهو تجديد نشاط العامل بعد عام كامل من العمل .

ولا يجوز فى جميع الاحوال التنازل عن الاجازة ويقع هذا التنازل باطلا ولكن من المقرر انه يجوز تأجيل الاجازة باتفاق يتم بين العامل ورب العمل (؛ مادة ١٥٣) فقرة (١) .

تتضمن المادة (١٥٤) الاشارة الى حق العامل فى التعويض عن اجازته اذا ترك العمل قبل التمتع بها فتنص على ان (للعامل الحق فى الحصول على أجره عن أيام الاجازة المستحقة اذا ترك العمل قبل استعماله لها ، وذلك بالنسبة الى المدة التى لم يحصل على اجازته عنها ، كما يستحق اجرة الاجازة عن كسور السنة بنسبة ما قضاه منها فى العمل .

ونرى انه وان كان العامل لا يستحق الاجازة اصلا الا بعد أن يمضى فى الخدمة عاما كاملا الا أن استحقاقه لأجرة الاجازة عن كسور السنة بنسبة ما قضاه منها يستند مباشرة الى المادة (١٥٤) خلافا للقاعدة العامة .

٤ ـ الاجازات المرضية :

كان من البديهى أن يعرض مشرعو الدول الى حق العامل فى الاجـازة المرضية لأن المرض أمر يتعرض له كل انسان وتقرر المادة (١٥٨) من النظام للعامل فى كل منشأة تستخدم عشرين عاملا فأكثر الحق فى اجازة مرضية بأجر كامل عن الثلاثين يوما الأولى وبثلاثة ارباع الأجر عن الستين يوما التـالية خلال السنة الواحدة .

كما وتوجب المادة المذكورة أن يثبت المرض بموجب شهادة طبية صادرة من طبيب مختص اعتمده صاحب العمل . واذا لم يكن لصاحب العمل طبيب معتمد فيجب أن تصدر الشهادة من طبيب تعينه الجهة المختصة فى الحكومة .

على انه لما كان المرض واقعة مادية وكان اثبات الوقائع المادية جائزا بكافة الطرق فانه يجوز اثبات المرض بأى دليل يقينى قاطـع كشهـادة صادرة من مستشفى أو من جهة طبية معتمدة فى الخارج أو نحو ذلك طالما أن الدليل المذكور لا يرقى اليه الشك .

هذا ومن الجدير بالذكر أنه يجوز فى نظرنا للعامل ضمّ إجازته السنوية الى اجازته المرضية اذا استنفد هذه الاجازة وظل مريضا ولا يجوز لرب العمل أن يعترض بأنه صاحب الحق فى تحديد ميعاد الاجازة السنوية لأن أساس حق رب العمل فى هذا التحديد هو توزيع الاجازات بين العمال على نحو لا يخل بادارة المشروع على مدار السنة ، فاذا كان العامل مريضا ومنقطعا عن العمل بالفعل فانه لا يكون ثمة مبرر أو أساس لحق رب العمل فى تحديد موعد اجازة العامل السنوية ورفض ضم الاجازة السنوية الى الاجازة المرضية .

٥ ـ اجازة الزواج والميلاد والوفاة :

وللعامل الحق فى اجازة مدتها ثلاثة أيام بأجر كامل عند زواجه وله الحق فى

اجازة يوم واحد بأجر كامل فى حالة ولادة ولد له وفى حالة وفاة زوجته أو احد اصوله أو فروعه .

ويحق لصاحب العمل أن يطلب من العامل الوثائق المؤيدة للعذر المستوجب للاجازة (مادة ١٥٩) .

٦ ـ الاجازة بدون اجر :

نص النظام فى المادة (١٥٦) على أنه يجوز للعامل أن يحصل على (اجازة بدون اجر لمدة لا تزيد عن عشرة أيام فى السنة بشرط موافقة صاحب العمل) .. وقد وضع هذا النص لمواجهة الحالات التى قد يحتاج فيها العامل الى التخلف عن العمل ولو مع التضحية بأجره .

٧ ـ اجازة الوضع للعاملة :

أثبت النظام للمرأة العاملة الحق فى اجازة وضع لمدة الاسابيع الاربعة السابقة على التاريخ المنتظر لولادتها والأسابيع الستة اللاحقة (مادة ١٦٤) . وتتقاضى العاملة خلال هذه الاجازة نصف الأجر اذا زادت خدمتها فى المنشأة عن سنة والأجر الكامل اذا بلغت خدمتها يوم بدء الاجازة ثلاث سنوات أو اكثر . واذا كانت اجازة الوضع بنصف أجر ، فان العاملة تحصل على اجازتها السنوية فى السنة نفسها بنصف اجر فقط . اما اذا كانت اجازة الوضع بأجر كامل فانها لا تتقاضى اجرا خلال اجازتها السنوية لنفس السنة .

هذا ويتحمل صاحب العمل مصاريف الفحص الطبى ونفقات العلاج والولادة (مادة ١٦٦) .

ولا يجوز لصاحب العمل فصل العاملة اثناء تمتعها باجازة الحمل والولادة (مادة ١٦٧) .

وقد قرر النظام هذه الاحكام رعاية للأمومة .

ثانيا : الجزاء على عمل العامل فى اجازته السنوية لدى رب عمل آخر :

اذا لم ينتفع العامل باجازته فيما شرعت له وهو الراحة واستعادة النشاط بل

قام فى اثنائها بالعمل لدى رب عمل آخر فان النظام يوقع به جزاء قاسيا هو الحرمان من الأجر اذ تنص المادة (١٥٧) والمادة (١٦٩) بالنسبة للعاملة على أن لصاحب العمل ان يحرم العامل من اجره عن مدة الاجازة أو يسترد ما أداه من أجر عنها اذا ثبت اشتغاله خلالها لحساب صاحب عمل آخر .

الفصل الثانى

آثار العقد بالنسبة لربّ العمل

المبحث الأول : التزامات ربّ العمل

المطلب الأول

الالتزام بتقديم العمل الى العامل

من المقرر أن القيام بالعمل التزام يقع على عاتق العامل ، فهل يلتزم رب العمل بتقديم العمل اليه ؟ . من المؤكد أن رب العمل يلتزم بتقديم العمل اذا كان أجر العامل متوقفاً على عمله الفعلى كما اذا كان الأجر بالقطعة أو بالطريحة ، كذلك فانه يلتزم بتقديم العمل اذا كان العامل سيكتسب من ادائه خبرة فنية تفوت عليه اذا لم يعمل ، أما فى غير هاتين الحالتين ، فقد يذهب رأى الى القول إنّ رب العمل لا يلتزم بوجه عام بتقديم العمل الى العامل وبتمكينه من القيام به ولكن الراجح أن رب العمل يلتزم دائما بتقديم العمل للعامل لأن حصول العامل على الأجر بدون عمل يخدش كرامته ويحرجه وينال من اعتباره ومن ثم يجوز له اذا رغب أن يطلب فسخ العقد .

المطلب الثاني

الالتزام بدفع الأجر

سبق أن ذكرنا أن الأجر يتحدد اتفاقا فى العقد والا حددته اللجنة المختصة وفقا لاحكام النظام (مادة ١٢٣ أ) .

وقد ذكرنا أنه اذا كان الأصل هو حرية الطرفين فى تحديد مقدار الأجر فان النظام يقرر لمجلس الوزراء عند الاقتضاء حق وضع حد ادنى للأجور اما بصفة عامة ـ وهذا ما يعرف بالحدّ الأدنى الحيوى ـ وإمّا بالنسبة لمنطقة معينة أو مهنة معينَة وينفذ قرار مجلس الوزراء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ،و ويتم التحديد بناء على اقتراح من وزير العمل بعد الاستعانة بلجنة خاصة (مادة ١١٥) .

وتجرى اغلب الدول على وضع حد أدنى للأجور حماية للعامل وتمشيا مع الأساس الأنسانى لقانون العمل حتى لا يكون العمل ـ وهو لا ينفصل عن الشخص ـ سلعة تخضع للعرض والطلب على نحو يمكن من استغلال العامل .

على أية حال فأيا كان مصدر تحديد الأجر فهو ابرز التزامات رب العمل .

المطلب الثالث

الالتزام باستخدام العمال الوطنيين واعدادهم مهنيا

يقع على عاتق كل دولة التزام بحماية القوة البشرية العاملة من مواطنيها والذود عن حقهم فى العمل وتفضيلهم على الأجانب على أساس أنّ الوطنيين هم أصحاب الحق الطبيعى فى العمل على ارض وطنهم وأن عمل الأجنبى على أرض الوطن ضرورة تتقرر استثناءا عند عدم كفاية القوة البشرية الوطنية ،

وكل ضرورة تقدر بقدرها . فالقاعدة العامة أن العمل فى المملكة حق للمواطن السعودى لا يجوز لغيره ممارسته الا فى الاحوال التى يسمح بها النظام .

وقد نصت المادة (٤٨) على ان (العمل حق للمواطن السعودى لا يجوز لغيره ممارسته الا بعد توافر الشروط المنصوص عليها . والعمال السعوديون متساوون فى حق العمل فى جميع مناطق المملكة بدون تمييز .) .

كما نصت المادة (٤٩) على أنه (لا يجوز استقدام الأجانب بقصد العمل أو التصريح لهم بمزاولته لدى الشركات والمؤسسات الخاصة الا بعد موافقة وزير العمل والحصول على رخصة عمل وفقا للنموذج والاجراءات والقواعد التى تقررها وزارة العمل ولا تعطى هذه الرخصة الا بعد توافر الشروط الآتية :

١ ـ أن يكون العامل قد دخل البلاد بطريقة مشروعة ومستوفيا للشروط المنصوص عليها فى نظام الاقامة .

٢ ـ أن يكون من ذوى الكفاءات المهنية أو المؤهلات الدراسية التى تحتاج اليها البلاد ولا يوجد من ابناء البلاد من يحملها أو كان العدد الموجود من أبناء البلاد لا يفى بالحاجة .

٣ ـ أن يكون متعاقدا مع صاحب عمل سعودى أو صاحب عمل غير سعودى مصرح له بموجب نظام استثمار رؤوس الأموال الأجنبية وتحت كفالة صاحب العمل أو أن يكون من أصحاب المهن الحرة ومكفولا من أحد السعوديين أو يكون متعاقدا مع احدى شركات الامتياز وتحت كفالتها .)

وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة على أنه (يقصد باصطلاح العمل فى المادة سالفة الذكر) كل عمل صناعى أو تجارى أو زراعى أو مالى أو غيره وكذلك أى خدمة بما فى ذلك الخدمة المنزلية) .

وأوجب النظام كذلك الا تقل نسبة العمال السعوديّين الذين يستخدمهم صاحب العمل عن ٧٥ ٪ من مجموع عماله كما يجب الا تقل اجورهم عن (٥١ ٪) من مجموع أجور عماله . ويجوز لوزير العمل أن يخفض هذه النسبة مؤقتا فى حالة عدم توفر الكفاءات الفنية أو المؤهلات الدراسية (مادة ٤٥) .

هذا ومما تجدر الاشارة اليه أن النص سالف الذكر لا يخصص للوطنيين نسبة معينة من الوظائف العليا ولا من أجورها ولذلك فمن الممكن أن تستوفى النسب الواردة فى النظام من حيث العدد أو من حيث الأجور دون أن ينال الوطنيون أية نسبة من الوظائف الفنية العليا ، ولذلك فمن المفيد أن يتضمن النظام تحديد نسبة للوطنيين فى هذه الوظائف حماية للمصالح الوطنية .

وبالاضافة الى ذلك يجب على كل رب عمل وطنيا كان أو أجنبيا أن يقوم باعداد عماله السعوديين مهنيا ليتمكنوا من الحلول محل غير السعوديّين وذلك بتحسين مستواهم فى الاعمال الفنية التى يمارسها غير السعوديين بحيث يحل العامل السعودى محل غير السعودى .

وقد اوجب النظام على صاحب العمل ان يعد سجلا يقيد فيه اسماء العمال السعوديين الذين احلهم محل غير السعوديين وذلك حسب الشروط والقواعد والمدد التى يقررها وزير العمل (مادة ٥٠) .

وأخيرا أوجبت المادة (٤٤) على كل صاحب عمل التزام عام بتدريب العمال السعوديين اذا كان يستخدم مائة عامل فاكثر على الا يقل من يتم تدريبهم من العمال السعوديين على الاعمال الفنية على (٥٠ ٪) من مجموع عماله وذلك وفقا لبرنامج التدريب الذى تعده وزارة العمل .

المطلب الرابع

الالتزام بتشغيل العاجزين

ومن الالتزامات التى يفرضها النظام كذلك على ارباب الأعمال الالتزام بتشغيل العمال العاجزين وقد فرض النظام هذا الالتزام على أصحاب الأعمال حتى يحمى العمال العاجزين من الحرمان من العمل اذ من البديهى أن يفضل اصحاب الأعمال استخدام العمال كاملى القدرة . ولا يخفى أن المشرع قد هدف من هذا الالتزام الى تحقيق اهداف انسانية واجتماعية واقتصادية تتعلق بالعجزة .

والعاجز هو كل شخص نقصت قدرته فعلاً على أداء عمل مناسب والاستقرار فيه نتيجة لعاهة بدنية أو عقلية (مادة ٥١) .

ويقصد بالتأهيل المهنى الخدمات التى تقدم للعاجز لتمكينه من استعادة قدرته على مباشرة عمله الأصلى أو أى عمل آخر مناسب لحالته (مادة ٥٢) .

وقد نص النظام على أن يكلف وزير العمل بالاتفاق مع الوزارات والمؤسسات المختصة بانشاء وتنظيم المعاهد اللازمة للقيام بخدمات التأهيل المهنى وتمنح هذه المعاهد للعاجز الذى تم تأهيله مهنيا شهادة تثبت ذلك تحدد بياناتها بقرار من وزير العمل (مادة ٥٣) .

وتوجب المادة (٥٤) على كل صاحب عمل يستخدم (٥٠) عاملا فاكثر وتمكنه طبيعة العمل لديه من استخدام العاجزين الذين تم تأهيلهم مهنيا أن يستخدم (٢ ٪) من مجموع عدد عماله منهم سواء كان ذلك عن طريق ترشيح مكاتب التوظيف أو من غير هذا الطريق . ومن باب أولى توجب المادة (٥٥) على صاحب العمل أن يحتفظ بالعامل الذى اصيب اثناء العمل لديه اذا كان العجز الناتج عن اصابة العمل لا يمنعه من اداء عمل آخر غير عمله السابق . فعلى صاحب العمل أن يستخدمه فى العمل المناسب بالراتب المحدد لهذا العمل وذلك فى حدود نسبة ١ ٪ من مجموع عماله . ولا يخل ذلك بما يستحقه هذا العامل من تعويض عن اصابته وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

المطلب الخامس

الالتزام بانشاء سجلات للعمال ومنح العمال بطاقات خدمة.

أوجب النظام كذلك على رب العمل انشاء سجلات للعمال لتنظيم العلاقة بينه وبينهم فقد نصت المادة (١٠) من النظام على انه يجب على صاحب العمل أو المدير المسئول أن يحتفظ فى مكان العمل بسجلات وكشوف للعمل

تتضمّن جميع البيانات الخاصة بالعامل وما يطرأ على وضعه من تاريخ بداية خدمته وما حصل عليه من اجور وترقيّات وما وقع عليه من جزاءات وما يحصل عليه من اجازات ومميزات وتعويضات وغير ذلك وكذلك البيانات الخاصة بعمل الاحداث والنساء واصابات العمل وامراض المهنة . ويجب ايضا ان تعطى الى كل عامل بطاقة خدمة تتضمن البيانات الواجبة ولوزير العمل اصدار نماذج بطاقة الخدمة التى يلزم اصحاب العمل باعطائها للعمال (م ٩٥) ولا يخفى أن الهدف الاساسى من الزام رب العمل بانشاء سجلات للعمال ومنح العمال بطاقات خدمة هو احكام رقابة الادارة على تنفيذ احكام النظام .

كذلك فمن المسلم به أن هذه السجلات وتلك البطاقات تيسر حسم الخلافات التى تقوم بين العمال واصحاب الاعمال بشأن حقوق والتزامات كل منهم .

ولا شك انه لا يجوز وفقا للقواعد العامة الاحتجاج بالسجل ضد العامل لأن السجل من صنع رب العمل والشخص لا يصطنع دليلا لنفسه ولكن يجوز الاحتجاج على العامل بالاقرارات الصادرة منه أو الأوراق الموقعة منه والمحفوظة بالسجل بشأن وضعه وحالته وحقوقه والتزاماته . على أن السجل وبطاقة الخدمة التى يمنحها رب العمل للعامل تعتبر حجة على صاحب العمل وتأخذ حكم الإقرار فيما تضمنته من بيانات ما لم يقم الدليل على خطأ هذه البيانات .

المطلب السادس

الالتزام بالرعاية الطبية للعمال

يعد الالتزام بالرعاية الطبية للعمال من أبرز وأهم التزامات رب العمل . وقد درجت التشريعات الحديثة على الزام أرباب الاعمال بالرعاية الصحية للعمال حماية للقوة البشرية فى البلاد ولا هداف اجتماعية وانسانية واضحة . وقد اخذ المشرع السعودى بهذا المنطق والزم ارباب الاعمال فى المواد من (١٣٤) الى

(١٣٧) بتقديم الرعاية الطبية للعمال وفقا لقواعد فصلها النظام .

ومن الجدير بالذكر أن هذه القواعد لا تتعلق باصابات العمل وامراض المهنة التى تحكمها المادتان (٢٧) و (٢٩) من نظام التأمينات الاجتماعية والتى سنعرض لها فيما بعد .

ولما كانت المنشآت والمشروعات تتفاوت فى المقدرة المالية وعدد العمال فقد اقام المشرع مستويات متفاوتة من الرعاية الطبية حتى يلائم واقع وامكانيات مختلف المشروعات . فقد انشأ المشرع اربع درجات من الالتزام بالرعاية الطبية بحيث يزداد الالتزام فى مضمونه كلما زاد عدد العمال .

ولكن التشريع لا يعتد بعدد العمال فى المشروع ككل بل ينظر الى عدد العمال فى المنشأة أو الوحدة الاقتصادية القائمة بذاتها ولو كانت جزءاً من المشروع الذى قد يضم عددا من هذه الوحدات اذ تقضى المادة (١٣٤) من النظام بأن العبرة بزيادة عدد العمال عن الخمسين (فى مكان واحد أو بلد واحد أو فى دائرة نصف قطرها (١٥) كيلو مترا) .

وقد اعتبر المشرع عدد العمال مقياسا لمستوى الالتزام ولم يحدد الالتزام على اسس اخرى غير ثابتة أو غير مؤكدة ، والمستويات الأربع التى وردت فى النظام هى :

١ ـ اذا قل عدد عمال المنشأة عن خمسين عاملا فيقتصر التزام صاحب العمل على تأمين خزانة للاسعافات الطبية تكون محفوظة بحالة صالحة ومحتوية على الأربطة والأدوية والمطهرات التى يقررها وزير العمل بالاتفاق مع وزير الصحة وذلك للقيام باسعاف العمال اسعافا أوليا (مادة ١٣٤) .

٢ ـ واذا كان عدد العمال يتراوح بين خمسين ومائة عامل فيجب على رب العمل فضلا عما تقدم أن يستخدم ممرضا ملما بوسائل الاسعاف ، ويخصص للقيام بها وان يعهد الى طبيب بعيادة العمال وعلاجهم فى المكان الذى يعده لهذا الغرض وأن يقدم لهم الأدوية اللازمة للعلاج وذلك بدون مقابل سواء كان ذلك فى وقت العمل أو غيره .

ومن المتفق عليه ان التزام رب العمل برعاية العمال طبيا هنا يشمل جميع الأمراض التى قد تصيب العامل ولو كان منقطع الصلة بالعمل . ولكن التزام صاحب العمل يقف عند حد توفير طبيب ممارس عام فهو لا يلزم بالاتفاق مع اطباء اخصائيين لمختلف الأمراض .

هذا ويلتزم رب العمل أيضا بصرف الأدوية اللازمة لعلاج العمال بدون مقابل .

ونظرا لعموم النص يشمل هذا الالتزام كل ما يصدق عليه وصف الدواء سواء أكان جاهزا أم محضرا وسواء أكان المرض عارضا أم مستمرا . هذا والأصل الا يلزم صاحب العمل الا بأثمان الأدوية التى يقررها طبيبه المخصص لعيادة العمال .

هذا ويجب على صاحب العمل أن يبلغ مكتب العمل المختص عن اسم الطبيب الذى اختاره لعلاج العمال (مادة ١٣٥) .

٣ ـ فاذا تجاوز عدد العمّال فى المنشأة المائة عامل فان التزام رب العمل يتسع فيكون عليه أن يوفر للعمال جميع وسائل العلاج بالمجان ويشمل ذلك الأطباء الاخصائيين والعمليات الجراحية وغيرها .

وفى حالة اجراء العمليات الجراحية ونحو ذلك من الامراض المستعصية تؤخذ النفقات من صندوق التأمينات الاجتماعية ويتبع فى تحديد نفقات العلاج والأدوية والاقامة فى المستشفيات الحكومية والخيرية ومن يقع على عاتقه دفعها .) ما يقرره وزير العمل بالاتفاق مع وزير الصحة أو ما ينص عليه فى احكام نظام التأمينات الاجتماعية .) (مادة ١٣٤) .

وعلى رب العمل أن يبلغ مكتب العمل بأسماء الأطباء والإخصائيينّ الذين اختارهم لعلاج العمّال وبأسماء المستشفيات التى عينها لذلك فضلا عن الحد الأدنى للأيام المقررة لعيادة العمال بشرط الا يقل ذلك عن ثلاث مرات فى الاسبوع . (مادة ١٣٥) .

هذا ولا يجوز للعامل أن يطالب بالعلاج لدى اخصائيين غير الذين يختارهم

صاحب العمل أو فى مستشفيات لم يقررها .

٤ ـ واذا تجاوز عدد العمال الذين يستخدمهم صاحب العمل ـ فى المشروع ككل لا فى الوحدة الاقتصادية أو المنشأة ـ ٥٠٠ عامل فانه يجوز لوزير العمل مراعاة لطبيعة مناطق العمل وظروفها وعدد العمال فيها أن يقرر قيام رب العمل على نفقته باجراء ما يلزم من الترتيبات الطبية المناسبة للمحافظة على صحة العمال وعلاج من يعولونهم شرعا علاجا شاملا مع مراعاة الاحكام الواردة فى نظام التأمينات الاجتماعية (مادة ١٣٧ جـ) .

والمقصود بالعلاج الشامل لأسرة العامل هو العلاج بجميع وسائله ويدخل فيها الاخصائيون والعمليات الجراحية على ما يبين من اطلاق عبارة النص .

ومن الجدير بالذكر أن الالتزام السابق لا ينشأ على رب العمل فى جميع الحالات وبقوة النظام بل يبقى زمامه بيد وزير العمل بعد مراعاة مختلف الاعتبارات السابقة وهى اعتبارات طبيعة مناطق العمل وظروفها وعدد العمال فيها .

المطلب السابع

الالتزام بوقاية العمال من اخطار العمل

يعود هذا الالتزام فى مصدره التاريخى الى زمن التجمع الحرفى فى العصور الوسطى ولكنه ازداد فى العصر الحديث بكثرة الاعتماد على الآلات لذا تفرض تشريعات العمل الحديثة على اصحاب العمل الالتزام بوقاية عمالهم من اخطار العمل المختلفة ويوجد ما يسمّى بقانون المصنع ويضمّ مجموع القواعد المتعلقة بوقاية صحة العمال وحمايتهم من اخطار الآلات .

يتضمن نظام العمل السعودى أحكاما متعددة فى هذا الشأن وردت فى المواد من (١٢٨) حتى (١٣٣) وفى المادة (١٤٦) .

ويجب أن يتخذ صاحب العمل كافة الاحتياطات والاجراءات الواجبة فى هذا الخصوص دون اى مقابل يفرض على العمال (مادة ١٢٨) .

المطلب الثامن

الالتزام بتقديم خدمات ضرورية وترفيهية وتجارية وخدمات نقل

الى جانب الالتزامات السابقة فرض المشرع عدة التزامات اخرى على اصحـاب الاعمال وقـد وردت هذه الالتزامـات فى المواد (١٣٧) (١٤٢) (١٤٣) (١٤٤) وهذه الالتزامات هى :

١ ـ انشاء نظام اختيارى للتوفير والادخار وتوفير وسائل الراحة والترفيه اذا كان صاحب العمل يستخدم ٥٠ عاملا فاكثر وذلك حسب المواصفات التى يقررها وزير العمل (مادة ١٣٧ / ١) .

٢ ـ واذا كان رب العمل استخدم (٥٠٠) عامل فاكثر التزم ـ طبقا لما يقره وزير العمل ان يقدم لعماله خدمات متنوعة : فعليه توفـير حوانيت لبيع الطعام والملابس وغير ذلك من الضروريات بأسعار معتدلة وذلك فى مناطـق العمل التى لا تتوفر فيها عادة تلك الحوانيت (١٣٧ / فقرة ٢ أ) .

وكذلك يلتزم رب العمل فى هذه الحالة باقامة متنزّهات وملاعب رياضية ملحقة بأماكن العمل ومكتبات ثقافية للعمال (١٣٧ / ٢ ب) وتوفير مدارس لتعليم اولاد العمال اذا لم يتوفر فى المنطقة مدارس كافية وانشاء مساجد فى اماكن العمـل (١٣٧ / ٢) وكذلك اعـداد برامـج لمحـو الأمية بـين العمال (١٣٧ / ٢ هـ) .

٣ ـ يلتزم صاحب العمل كذلك بتوفير وسائل الانتقال اذا كانت أماكن العمل لا تصل اليها المواصلات العادية المنتظمة (مادة ١٤٢) .

وينقل العمال وإمّا من محال اقامتهم وإمّا من مركز تجميع معين يقع فى قلب المدينة أو فى المكان الذى تنتهى فيه مواصلات المدينة المنتظمة .

ولا يجوز لرب العمل أن يتقاضى من العمال مقابلا لهذه الخدمة الا عن الجزء الذى يقع داخل المدينة وتغطيه وسائل المواصلات العادية المنتظمـة ولا يجبـر

العامل فى هذا الجزء على الانتقال بالوسائل التى يعدها رب العمل .

٤ ـ يلتزم رب العمل فى المناطق البعيدة عن العمران والتى تحدد بقرار من وزير العمل والشؤون الاجتماعية بتوفير مخيمات لائقة للسكن والماء الصالح والغذاء للعمال الذين يؤدون عملا فى مناطق التنقيب ويقيمون فى مخيمات وذلك كله طبقا للاحكام الواردة فى المادة (١٤٣) من النظام .

المطلب التاسع

الالتزام بالتسوية بين عمال المقاول من الباطن وعمال صاحب العمل الاصلى

نصت المادة (٨) من النظام على أنه (اذا عهد صاحب العمل لأى شخص طبيعى أو معنوى القيام بعمل من اعماله الأصلية أو جزء منها وجب على الأخير أن يعطى عماله كافة الحقوق والمزايا التى يعطيها صاحب العمل الأصلى لعماله ويكونان مسئولين عنها بالتضامن فيما بينهما .) .

ويبين من استقراء نص النظام سالف الذكر أنه اذا عهد رب العمل بالقيام بأخذ اعماله الأصلية الى صاحب عمل آخر ، فان عمال هذا الأخير يجب أن يسووا فى الحقوق والامتيازات بعمال صاحب العمل الأصلى .

والواقع أن المشرع أقام هذا الالتزام بهدف الوقوف فى وجه بعض أصحاب الأعمال الذين يسندون جوانب من عملهم الأصلى الى مقاولين أو أصحاب اعمال آخرين بقصد التخلص من الحقوق أو الامتيازات التى حصل عليها عمالهم ، ولولا ما تضمنه نص المادة (٨) لحدثت تفرقة فى المعاملة بين فريقين من العمال الأول يستخدمهم صاحب العمل والفريق الثانى يستخدمهم المقاول أو صاحب عمل آخر بينما يقوم الفريقان بتأدية عمل واحد لصاحب العمل الأصلى وهو ما يتنافى مع العدالة ويثير القلق فى نفوس العمال الأدنى مركزا وقد يؤدّى الى القلاقل والفتن .

ومفهوم النص سالف الذكر التسوية بين الفريقين فى الحقوق والمزايا بما فى ذلك الأجور وساعات العمل والاجازات والمزايا الطبية والاجتماعية وغير ذلك من المزايا التى يتمتع بها عمال صاحب العمل الأصلى الذى اسند بعض اعماله الى آخر .

وتقع مسئولية تنفيذ الالتزام بالتسوية على عاتق المقاول من الباطن بصفة أصلية ولكن صاحب العمل الأصلى يكون مسئولا ايضا أمام العمال عن تحقيقها ويقيم النظام تضامنا بينهما فى هذا الالتزام لمصلحة عمال المقاول من الباطن فيكون لهم أن يرجعوا على أى واحد منهما أو عليهما مجتمعين .

ويترتب على ما تقدم أنه يكون لصاحب العمل الأصلى أن يعود على المقاول من الباطن اذا رجع عليه العمال ، وقد عالج النظام فى نص المادة (٨) سالفة الذكر الصورة الغالبة فى العمل عندما يكون عمال المقاول فى مركز أدنى من مركز عمال صاحب العمل الأصلى ، أما اذا حدث العكس فكان عمال المقاول فى وضع افضل من عمال صاحب العمل الأصلى فمن البديهى أن صاحب العمل الاصلى لا يلتزم بمساواة عماله بعمال المقاول لانعدام مظنة التحايل على احكام النظام .

ويجب لانطباق نص المادة (٨) من النظام ما يأتى :

١ ـ أن يكون العمل المعهود به الى المقاول من الاعمال الأصلية لرب العمل ، ويثير هذا الشرط صعوبات كثيرة فى العمل فمثلا ، تعتبر اعمال التنقيب عن البترول وانشاء الخزانات وصيانتها من الأعمال الأصلية لشركات التنقيب عن البترول ـ بينما لا يعتبر التشجير والتخضير وانشاء المبانى أو اقامة الحدائق أو اعمال النظافة من أعمالها الأصلية .

وقد حكم القضاء فى مصر بأن أعمال النجارة والنحاس والدهان لا تعتبر من الاعمال الأصلية لشركة قناة السويس بينما يعتبر اصلاح القاطرات التى تقطر السفن فى القناة من اعمالها الأصلية . وقد اعتبر القانون المصرى أن الأعمال الأصلية بالنسبة للأفراد هى الأعمال التى يباشرها صاحب العمل بصفة أصلية

أى هى موضوع نشاطه المعتاد ، أما بالنسبة للشركات فالاعمال الأصلية وفقا للقانون المذكور هى تلك التى أنشئت الشركة من أجل القيام بها وكان منصوصا عليها فى عقد تأسيسها أو فى عقد الامتياز اذا كانت من شركات الامتياز . ولكن لا يشترط أن تكون للاعمال الأصلية صفة الاستمرار ما دامت بطبيعتها داخلة فى موضوع نشاط المنشأة . ويمكن الاستئناس بهذا الحكم فى تطبيق احكام النظام السعودى .

٢ ـ يجب كذلك ان تتساوى الكفاءات والمؤهلات بين عمال المقاول وعمال صاحب العمل الأصلى فلا محل للتسوية فى المعاملة الا حيث تتساوى الظروف والشروط وهذا هو ما تقضى به العدالة وحسن تطبيق احكام النظام .

ولكن هل يشترط أن يؤدى العمل المعهود به الى المقاول فى نفس المنطقة التى يعمل فيها عمال صاحب العمل الأصلى ؟ وهل يلزم المقاول بالتسوية اذا كان عماله يؤدون العمل فى الريف مثلا بينما يؤديه عمال صاحب العمل الأصلى فى المدينة .

يوجب القانون المصرى أن تتساوى الظروف المكانية والا فلا محل للتسوية . وقد اضيف هذا الشرط بعد أن شكا أرباب الأعمال من عمومية النص مستندين الى أن اختلاف البيئة والظروف الاقتصادية وتوفر الأيدى العاملة هى كلها عناصر لها أثرها الكبير على شروط العمل ويجب أن تدخل فى الحساب .

ولا يتضمن النظام السعودى هذا الشرط ولذلك يقوم الالتزام بالتسوية رغم اختلاف المكان والظروف ، وقد يكون من المصلحة أن يدخل التشريع السعودى القيد الخاص باتحاد المكان والظروف حتى لا يتساوى العمال فى الحقوق والمزايا الا اذا قاموا بالعمل فى ظروف متماثلة .

وقد خصص نظام العمل السعودى المواد من (١٣٨) حتى (١٤١) لتأكيد تطبيق حكم المادة (٨) من النظام السعودى على شركات الامتياز العاملة بالمملكة . وطبقا لهذه النصوص يكون على شركات الامتياز التى تعهد

بتنفيذ بعض اعمالها من انشاء وصيانة أو غيرها الى متعهّدين أن تشترط فى عقود التعهد أن يقوم المتعهد تجاه عماله بتأدية جميع الحقوق وتحمل جميع الالتزامات التى تترتب للعمال فيما لو قامت الشركة ذات الامتياز نفسها بالاعمال (مادة ١٣٨) .

وليس من شك فى ان المقصود هنا هو أن يكون العمل الذى اسند الى المتعهد من اعمال الشركة الأصلية وقد اوردت المادة (١٣٨) حكما لم يرد فى المادة (٨) هو أنه يجب اشتراط وجوب التسوية فى عقود شركات الامتياز مع المتعهدين .

وتنص المادة (١٣٩) على انه تطبق على عمال متعهدى الشركات ذات الامتياز الأنظمة الأساسية لعمال هذه الشركات ويستفيدون من جميع المنح والتعويضات ونسب الأجور المعمول بها فى هذه الشركات .

وتنص المادة (١٤٠) على ان تتحمل الشركات ذوات الامتياز المسئولية القانونية ازاء عمال متعهديها تطبيقا لاحكام المادتين السابقتين ولها لقاء ذلك أن تحتجز من قيمة اعمال متعهديها ما يضمن هذه المسئولية حتى انتهاء العقد . ولا يضيف هذا النص جديدا الى حكم المادة (٨) من النظام لأن صاحب العمل الأصلى مسئول طبقا للمادة (٨) أمام عمال المقاول عن تنفيذ ما تضمنه من احكام .

وتقضى المادة (١٤١) بأنه فى كل التعهدات التى لا يطبق المتعهّدون فيها احكام المواد السابقة يحق لوزير العمل والشؤون الاجتماعية ابطالها بقرار مستند الى تقرير من رئيس مفتشى العمل فى الوزارة بعد تحقيق خاص يقوم به .

ومن شأن هذا الحكم أن يلزم المتعهّدون باحترام حقوق العمال واجراء التسوية الكاملة بين عمالهم وعمال الشركات ذات الامتياز .

والواقع انه قد لا يكون من المجدى أو المفيد بالنسبة للعمال ابطال العقود والتعهدات لذلك فقد يكون من الأوفق أن يتضمن النص اجراءات أخرى يتم ضمان حقوق العمال بها كمنح وزير العمل حق الحجز الادارى المباشر على

ممتلكات شركات الامتياز ومقاوليها للوفاء بما يستحقه العمال من حقوق وفقا للنصوص سالفة الذكر .

المبحث الثاني : حقوق رب العمل

يتمتع رب العمل بمقتضى النظام بعدة حقوق هى :

١ ـ حق تنظيم العمل .

٢ ـ حق فسخ العقد فى احوال معينة .

٣ ـ حق تأديب العامل .

وقد سبق لنا أن عرضنا لحق رب العمل فى تنظيم العمل عند دراستنا لعنصر التبعيّة .

كما اننا سنقوم بدراسة حق رب العمل فى فسخ العقد عند دراستنا لأسباب انهاء عقد العمل .

أما حق رب العمل فى تأديب العامل أو ما يعبر عنه احيانا بالسلطة التأديبية فسنفرد لها لأهميتها فصلا مستقلا .

الفصل الثالث

السلطة التأديبية

يستمد رب العمل حقه فى تأديب العامل من سلطته فى الاشراف على العامل فى اطار عنصر التبعية والاشراف الذى سبقت دراسته .

ويجوز لرب العمل وفقا لذلك توقيع الجزاء على العامل الذى يرتكب جريمة أو مخالفة تأديبية .

وقد اوجبت المادة (١٢٥) من النظام على رب العمل الذى يستخدم عشرين عاملا فأكثر (أن يضع فى مكان ظاهر من مؤسسته لائحة بالجزاءات والمكافآت وشروط توقيعها أو منحها) . كما أوجبت لنفاذ لائحة الجزاءات وما يطرأ عليها من تعديلات اعتمادها من قبل وزير العمل خلال شهرين من تقديمها ، فاذا انقضت تلك المدة دون موافقة الوزير أو الاعتراض عليها أصبحت نافذة) . وقد أصدر وزير العمل طبقالاللمادة (١٢٥) سالفة الذكر لائحة نموذجية للجزاءات والمكافآت بالقرار رقم (١١٩) فى ١٣٩٠/٤/١٢ هـ .

واستعمال رب العمل السلطة التأديبية يعنى حقه فى توقيع الجزاء على العمال الذين يخالفون الأوامر التى يصدرها اليهم كعقوبة على الاضطراب الذى تحدثه هذه المخالفة فى حياة المؤسسة أو المنشأة الصناعية أو التجارية [1] ونظرا للأهمية البالغة للسلطة التأديبيّة فقد حاول الفقه منذ مدة أن يقيم الأساس القانونى لهذه السلطة وقد اتجه جانب من الفكر التقليدى فى فرنسا إلى أنّ صاحب العمل يستمد سلطته التأديبية من عقد العمل ذاته ، وعلى هذا فقد قالوا بالتزام صاحب العمل بالا يوقع من الجزاءات الا ما هو منصوص عليه فى العقد أو فى اللائحة الداخلية للعمل .

ويبدو أن الفقه الحديث يتجه إلى أساس آخر أبدته محكمة النقض الفرنسية [2] وهو أن صاحب العمل يستمد تلك السلطة التأديبية من صفته كمهيمن على المشروع ومسئول عنه . وقد يترتب على الاعتماد باطلاق على هذا الاتجاه الا يتقيد رب العمل فى سلطته التأديبية بالعقد كما قد يذهب البعض الى

---

(١) محمد حلمى مراد : المرجع السابق ص ٣٦٤ وحسن كيره : قانون العمل الجزء الأول سنة ١٩٦٩ ص ٢٦٦ .

(٢) انظر فى هذا الخصوص حكم محكمة التوص الفرنسية الصادرة سنة ١٩٤٥ فى دعوى شركة بولييه سوسون ضد فيالار .

عدم التزامه بالنصوص التشريعية فى هذا الخصوص ، والواقع أن هذا الاتجاه يؤدى الى الإضرار بمصالح العمال والى استبداد ارباب الأعمال وكذلك فإننا نرى أن الأساس لدى الفكر التقليدى هو الأقرب الى منطق العدالة وحسن تطبيق النظام .

وقد كانت السلطة التأديبية وما زالت فى مقدمة المسائل التى تسبب الكثير من الاحتكاك الشديد بين العمال وأرباب الأعمال فأرباب الأعمال يرون أنّ هذه السلطة حق طبيعى لهم يقتضيه حسن ادارة المشروع ولذلك فهم يعترضون على التدخل التشريعى لتنظيم هذه السلطة ويرون انه يخلّ بحقهم فى ادارة مشروعاتهم .

والعمال يرون فى هذه السلطة مظهرا من مظاهر عدم المساواة بين طرفى عقد العمل ويخشون استغلالها للإرهاب والانتقام وكوسيلة لانتقاص الأجر عن طريق الغرامات التأديبية التى يفرضها عليهم أصحاب الأعمال استعمالا لهذه السلطة خاصة وأن أرباب الأعمال يكونون فى نفس الوقت الخصم والحكم .

وقد يعزز هذا الاعتقاد أن السلطة التأديبية قد استغلت فيما سبق أسوأ استغلال قبل أن يتم تنظيمها تشريعيا فلم تكن هناك أية ضمانات قانونية أو قضائية لحماية العمال من التعسف فى استعمالها أو اساءة هذا الاستعمال .

○ الجزاء التأديبى واجراءات التنظيم الداخلى :

تختلف الجزاءات التأديبية عن اجراءات التنظيم الداخلى التى تهدف الى تنظيم العمل داخل المنشأة وقد يترتب على استعمال رب العمل لحقه فى التنظيم الداخلى ضرر لبعض العمال كمالو ترتب على استعمال هذه السلطة نقل العامل الى مكان آخر أو انهاء عمل العامل لأسباب تتعلق باقتصاديات المنشأة .

وعلى هذا فقد يختلط الأمر على البعض نتيجة لأن الاجراء الواحد قد يكون تأديبيا فى ظروف معينة وتنظيميا فى ظروف اخرى . ولذلك فمن الضرورى وضع معيار الفرق بينهما .

ولا شك أن الغاية من الاجراء وشروط اتخاذه يكونان معيارا مثاليا للتفرقة بينهما فالجزاء التأديبى مشروط بخطأ العامل وغايته هى عقابه وردع غيره عن الاخلال بنظام العمل فى المنشأة ، أما الاجراء الداخلى فشرطه وغايته هما تحقيق مصلحة المشروع وحسن اداء العمل ، ولا يشترط لاتخاذه أى خطأ من العامل .

○ الجزاء التأديبى والتعويض المدنى :

يختلف كذلك الجزاء التأديبى عن التعويض اختلافا جوهريا فبينما يهدف الجزاء التأديبى الى عقاب العامل عن خطئه وردع غيره عن مفارقة مثل هذا الخطأ ، يقتصر الهدف من التعويض على جبر الضرر الذى نتج عن خطأ العامل .

ومن الجدير بالذكر أن الجزاء التأديبى اذا اتخذ شكل الغرامة فلن يؤول الى رب العمل ولكن تنص المادة (١٢٣) من اللائحة النموذجية للجزاءات والمكافآت على أن حصيلة الغرامات الموقعة على العامل تعرض كل سنة على وزارة العمل لتقرر كيفية التصرف فيها فى توفير الخدمات الاجتماعية والصحية والثقافية لعمال المؤسسة .

وعلى العكس من ذلك يؤول التعويض الذى يلتزم به العامل نتيجة لخطئه الى رب العمل لجبر الضرر الذى حدث نتيجة خطأ العامل .

هذا ومما يذكر فى هذا الخصوص كذلك أن من الجزاءات التأديبية ما ليس من طبيعة مالية كالتنبيه والإنذار .

○ الجزاء التأديبى والجزاء الجنائى :

يتفق الجزاء التأديبى مع الجزاء الجنائى فى أن كلاّ منهما يقوم على فكرة العقاب والردع ولا يشترط لتوقيع أى منهما وقوع ضرر اذ يكفى وقوع الخطأ التأديبى أو الجريمة الجنائية ليتم توقيع العقاب .

ولعل هذا هو سبب خضوع الجزاء التأديبى لضمانات العقوبة الجنائية من

حيث شخصيته فهو لا يلحق الا المسئو ل وحده دون غيره ودون ورثته كما انه لمبدأ الشرعية اذ يجب أن يستند الى نص يقرره ويسمح بتوقيعه إعمالاً لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة بغير نص) .

وليس معنى هذا وقوع التماثل التام بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية فلكل منهما مجاله الخاص ونظامه المحدد .

وقد نظم المشرع السعودى السلطة التأديبية بالضمانات الواجبة . وقد ورد بعض هذه الضمانات فى نظام العمل والعمال بينما ورد بعضها الآخر فى اللائحة النموذجية للجزاءات ، وتدور كل هذه الضمانات حول حماية العامل من احتمالات توقيع جزاء غير نظامى عليه ، أو الاخلال بحقه فى الدفاع ، أو اتخاذ السلطة التأديبية ستارا للانتقام من العامل أو الإساءة اليه ، أو التعسف فى استعمال هذه السلطة ، وسنعرض فيما يلى لأبرز هذه الضمانات .

أولا ـ مبدأ شرعية المخالفات والجزاءات التأديبية :

تنص الفقرة (٣) من المادة (١٢٥) من النظام على أنه (لا يجوز صاحب العمل توقيع جزاء على العامل عن مخالفة غير واردة فى لائحة الجزاءات) . وقد وردت المخالفات المعاقب عليها فى الجدول الملحق بلائحة الجزاءات النموذجية وهى ثلاثة انواع :

١ ـ مخالفات تتعلق بمواعيد العمل كتأخر وترك العمل .

٢ ـ مخالفات تتعلق بتنظيم العمل كالتسكع أو النوم اثناء العمل أو عدم اطاعة الأوامر أو التحريض على مخالفتها .

٣ ـ مخالفات تتعلق بسلوك العامل كالتشاجر أو التمارض أو الاسراف فى استهلاك المواد أو الإدّعاء كذبا على الرؤساء أو على الزملاء .

ويجوز حسب طبيعة كلّ منشأة أن تضاف الى هذه القائمة مخالفات أخرى وتخضع اللائحة فى النهاية لاعتماد وزارة العمل وذلك وفقا للمادة (٨) بنص اللائحة . ومن هذا يبين لنا مدى المرونة التى نظر بها المشرع الى السلطة التأديبية فى اطار مبدأ شرعية المخالفات والعقوبات .

ثانيا - وجوب اتصال المخالفة بالعمل :

تنص المادة (١٢) من اللائحة النموذجية على انه لا يجوز توقيع جزاء شديد على العامل لأمر ارتكبه خارج مكان العمل الا اذا كان له علاقة مباشرة بالعمل أو بصاحبه أو مديره المسئول وذلك مع عدم الاخلال باحكام المادة (٨٣) من نظام العمل التى تجيز لرب العمل فصل العامل لأسباب قد ترجع الى سوء السلوك أو الاخلال بالأمانة والشرف فقرة (٣) مادة (٨٣) من النظام .

ثالثا : وجوب التناسب بين المخالفة والعقوبة :

تنص المادة (٧) من اللائحة النموذجية للجزاءات والمكافآت على انه يجب أن تتناسب العقوبة التأديبية مع جسامة المخالفة وتفرق اللائحة المذكورة بين الجزاءات الخفيفة والجزاءات الشديدة وتضع لكل مخالفة واردة فى الجدول ما يتناسب مع جسامتها من الجزاءات التى نصت عليها .

والجزاءات الخفيفة هى :

١ - التنبيه وهو تذكير شفهى أو كتابىّ يوجه الى العامل من قبل رئيسه المباشر أو مدير المنشأة ويتضمن بيان المخالفة التى ارتكبها العامل مع التنبيه عليه بعدم العودة الى ارتكابها مستقبلا مع ملاحظة التزاماته وواجباته .

٢ - الإنذار الكتابى وهو كتاب يوجه الى العامل بمناسبة ارتكابه مخالفة ويلفت نظره فى هذا الكتاب صراحة الى المخالفة التى ارتكبها والى تعرضه لعقوبة أشد اذا تكررت .

ويمكن للمنشأة أن تضيف اللوم أو التوبيخ كجزاءات فهما فى الواقع ينطويان على انذار .

٣ - حسم نسبة من الأجر فى حدود جزء من اليوم ، ويعد حسم أجر يوم كامل من الجزاءات الشديدة ولذا فلا بد لكى يكون الجزاء بالحسم من الجزاءات الخفيفة أن يكون حسم جزء من أجر اليوم .

وقد نصت المادة (٦) من اللائحة على الجزاءات الشديدة الآتية :

١ ـ حسم جزء من أجر العامل يتراوح بين يوم وخمسة أيام فى الشهر ، ولا يجوز وفقا للنظام تجاوز حسم أكثر من أجر خمسة أيام فى الشهر الواحد .

٢ ـ الايقاف عن العمل دون أجر وهو منع العامل من ممارسة عمله مدة من الزمن دون أجر أو تعويض . ويتراوح هذا الجزاء بين يوم وخمسة أيام ولا يصح أن يتجاوز الإيقاف هذا الحد فى الشهر الواحد وفقا لأحكام النظام . ويعتبر الوقف عن العمل أقل شدة من حسم الأجر لأن العامل لا يؤدى عملا مدة الوقف عن العمل ولا يستحق أجرا ، أما جزاء الحسم من الأجر فيقع مع التزام العامل بالعمل .

٣ ـ ابطال الترقية أو تأخيرها وهو الحرمان من أية زيادة فى الأجر تقرر للعامل حسب احكام لائحة المكافآت أو حسب احكام اللائحة الداخلية للمؤسسة أو تنفيذا لأى نص أو اتفاق آخر .

٤ ـ الفصل من الخدمة مع المكافأة وهو اعتبار فصل العامل المخالف فصلا بسبب مشروع مع اعطائه المكافأة المستحقة عن مدة خدمته .

٥ ـ الفصل من الخدمة بدون مكافأة وهو فسخ عقد العامل دون مكافأة عندما يرتكب عملا تنطبق عليه احكام المادة (٨٣) من نظام العمل .

ومن الجدير بالذكر أن تسريح العامل وفقا للمادة (٨٣) لا يعتبر عقوبة أو جزاءا تأديبيا فى جميع الاحوال فقد يكون فسخا للعقد من الناحية الفنية الدقيقة ، كما قد يكون استعمالا لحق مقرر بمقتضى العقد أو قد يكون نتيجة لإبطال العقد على نحوما ذكرنا من قبل .

رابعا ـ عدم جواز تعدد العقوبة عن المخالفة الواحدة :

نصت الفقرة (٣) من المادة (١٢٥) من النظام على انه لا يجوز لصاحب العمل أن يوقع أكثر من عقوبة واحدة عن المخالفة الواحدة ، ويعد هذا تطبيقا لمبدأ من أهم المبادىء المقررة كضمان للمخالف .

وكذلك تنص المادة (٩) من اللائحة النموذجية على أنه لا يجوز الجمع بين

أى جزاء بالحسم من الأجر وبين اقتطاع جزء من أجر العامل تطبيقا لأحكام المادة (٨١) من النظام وهى الخاصة بالاقتطاع من الأجر فى حالة تسبب العامل فى فقد أو اتلاف آلات أو مهمات صاحب العمل .

والواقع أن المشرع قد قصد بهذا الحكم لاعتبارات اجتماعية وانسانية تتعلق بحاجة العامل وحاجة أسرته الماسة الى الأجر .

خامسا: تقييد فكرة العود بقيد زمنى :

ورد كذلك فى اللائحة النموذجية أنّ أية مخالفة يمر عليها ستة شهور تعتبر الأولى من نوعها ويطبق بشأنها تسلسل الجزاءات الواردة فى الجدول .

ومقتضى تطبيق احكام العود تشديد العقوبة عند تكرار المخالفة . ولكن يمتنع التشديد ولا يعد التكرار عودا اذا وقعت المخالفة بعد مضى ستة اشهر من وقوع المخالفة الاولى . أما اذا وقعت قبل ذلك اعتبر المخالف عائدا واستوجب الأمر تشديد الجزاء .

سادسا- التحديد الزمنى لاستعمال حق التأديب :

نصت المادة (١٢٦) من النظام على انه (لا يجوز اتهام العامل فى مخالفة مضى على كشفها اكثر من خمسة عشر يوما ولا يجوز توقيع الجزاء عليه بعد تاريخ ثبوت المخالفة بأكثر من ثلاثين يوما . للعمال الذين يتقاضون اجورهم شهريا وبأكثر من خمسة عشر يوما بالنسبة الى العمال الآخرين) .

ومقتضى ذلك أن النظام وضع حدودا زمنية لممارسة الحق فى تأديب العامل حتى لا تكون السلطة التأديبية سيفا مسلطا على رقبة العامل يمارسها رب العمل عند ما يشاء .

سابعا: وضع حد أقصى للحسم أو الوقف :

لاعتبارات إنسانية واجتماعية ظاهرة وضع المشرع حدا اقصى للحسم والوقف هو أجر خمسة أيام عن المخالفة الواحدة ولا يصح فى جميع الاحوال أن يتجاوز ما يفقده العامل من أجره فى شهر واحد - على سبيل الحسم أو الوقف - أجر خمسة أيام (مادة ١٢ / ٣ .)

وقد اتبع المشرع السعودى احدث الاتجاهات العالمية بشأن التصرف فى الأموال التى تحصل لغرامات من العمال فلم يرد أن تكون هذه الغرامات مصدرا لإثراء رب العمل ولكنه نص على أن تؤول أموال الغرامات الى مجموع العمال فيما ينفعهم .

وتنص المادة (١٢٧) من النظام على وجوب قيد الغرامات التى توقع على العامل فى سجل خاص مع بيان اسم العامل ومقدار أجره وسبب توقيع الغرامة عليه وتاريخ ذلك .

كما تنص المادة (١٢٤) من اللائحة النموذجية على أن حصيلة الغرامات الموقعة على العامل تعرض كل سنة على الوزارة لتقرر كيفية التصرف فيها فى توفير الخدمات الاجتماعية والصحية والثقافية لعمال المؤسسة .

ثامنا : الضمانات الاجرائية :

تعتبر الضمانات الإجرائيّة من أكثر الضمانات فعالية لحماية حقوق الأشخاص فى الدفاع عن أنفسهم عندما يتعرضون لعقاب جنائى أو تأديبى لاتهامهم بارتكاب ما يعاقبون عليه . ولقد تضمن النظام بعض الضمانات الاجرائية للعامل عند ممارسة رب العمل للسلطة التأديبية .

وقد نصت المادة (١٢٦ / ٢) من النظام على انه (لا يوقع الجزاء على العامل الا بعد سماع أقواله وتحقيق دفاعه) كذلك نصت المادة (١٠) من اللائحة النموذجية على انه (لا يجوز توقيع أى من الجزاءات الشديدة على العامل الا بعد ابلاغه كتابة بما نسب اليه والتحقيق معه فى ذلك وسماع أقواله ودفاعه وتدوين كل ذلك فى محضر يودع فى ملفه الخاص .)

ومن كل اولئك يبين أن النظام قد اوجد ـ حماية للعامل ـ أن يواجه بما هو منسوب اليه وسماع دفاعه وتحقيق هذا الدفاع بينما يجب فى المخالفات الخطيرة التى تستتبع توقيع احد الجزاءات الشديدة على العامل ابلاغه كتابة والتحقيق معه فى محضر مكتوب فيه أقواله ويحقق فيه دفاعه .

تاسعا : رقابة القضاء على ممارسة السلطة التأديبية :

لا يعد توقيع العقوبة أو الجزاء على العامل نهائيا بعد صدوره من رب العمل بل يجوز للعامل أن يعترض على توقيع الجزاء عليه أمام لجنة تسوية الخلافات العمالية وتوجب المادة (١١٦) من النظام أن تفصل اللجنة فى هذا الاعتراض خلال اسبوع من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها[١] .

وتتحقق اللجنة من ثبوت المخالفة على العامل ومن صحة وصف الواقعة بأنها مخالفة تأديبية كما تتحقق اللجنة من تنفيذ الضمانات الاجرائية ، فاذا ثبت من تحقيق اللجنة انه لا دليل على ثبوت الواقعة أو أن الفعل لا يعد مخالفة تأديبية أو أن الضمانات الاجرائية لم تحترم ، أو أنه قد سبق توقيع عقوبة أخرى عن ذات الفعل ، فإن اللجنة تقضى بالغاء القرار التأديبى ورفع الجزاء من ملف العامل ورد ما حسم من أجره . ولها ايضا أن تقضى للعامل بالتعويض عما أصابه من ضرر مادى أو أدبى نتيجة لمخالفة احكام النظام وقد أثار حق اللجنة فى تقدير العقوبة خلافا فى الرأى ، فيذهب رأى الى أن سلطة رب العمل فى تقدير الجزاء سلطة تقديرية لا معقب عليها وهو وحده الذى يقدر مدى جسامة المخالفة وخطورتها على سير المشروع . وله أن يقدرالجزاء كما يرى طالما انه فى حدود ما قرره النظام ووفقا لما قررته لائحة الجزاءات من احكام .

ولكن يذهب رأى آخر الى تقرير حق القاضى فى الرقابة على تناسب العقوبة مع الخطأ ، والواقع أن الرأى الثانى هو الأقرب فى نظرنا الى منطق العدالة حتى يكون القضاء دائما هو صمام الأمن ضد اتخاذ هذه السلطة ذريعة للاستبداد أو للانتقام من العامل .

---

(١) انظر كذلك المادة (١١) من اللائحة النموذجية .



الباب الخامس
انتهاء عقد العمل

ينتهى عقد العمل باتفاق الطرفين على الانهاء ، أو بالقوة القاهرة أو باستحالة تنفيذه أو بالفسخ أو بانتهاء مدته اذا كان محدد المدة ، أو بانهائه من احد الطرفين اذا كان غير محدد المدة .

والاتفاق على انهاء العقد قد يكون فى وقت لاحق لتوقيع العقد وبعد بدء تنفيذه . فمتى طلب احد الطرفين انهاء العقد ووافق الطرف الآخر على ذلك فان هذا الاتفاق يكون صحيحا ومنتجاً لآثاره . وانهاء العقد بالتراضى لا يعنى عدم استحقاق العامل لحقوقه التى يرتبها قانون العمل ، الا اذا تضمن الاتفاق على الانهاء احكاما خاصة بذلك .

هذا مع مراعاة ما نص عليه النظام من عدم جواز الاتفاق على خلاف احكام بعض النصوص التى تضمنت حقوق العمال المقررة نظاما وضماناتهم . وعقد العمل مثله فى ذلك مثل العقود الأخرى تنهى بأسباب متعددة وفقا للقواعد العامة اذ ان انقضاء التزام احد الطرفين بسبب استحالة تنفيذه تنقضى معه الالتزامات المقابلة له .

وكأى عقد آخر هناك اسباب غير عادية لانتهاء عقد العمل بالاضافة الى الأسباب العادية لانتهائه ، فالأسباب غير العادية التى ينقضى بها عقد العمل هى القوة القاهرة والفسخ .

أما الأسباب العادية لانهاء عقد العمل فهى أسباب خاصة بهذا العقد وهى انتهاء المدة فى العقد المحدد المدة . وانهاء العقد غير محدد المدة من جانب أى واحد من الطرفين .

الفصل الأول
أسباب الانقضاء غير العادية

المبحث الأول : القــوة القــاهرة

تعد القوة القاهرة من ابرز الأسباب غير العادية لانقضاء عقد العمل ، وقد ترجع القوة القاهرة الى موت العامل أو عجزه الكلى عن أداء العمل أو مرضه الطويل ، كما قد ترجع الى تصفية المنشأة أو الافلاس أو الاغلاق النهائـي المرخص به . ويستحق العامل فى هذه الأحوال مكافأة نهاية الخدمة .

اولا : موت العامل :

ينقضى عقد العمل بوفاة العامل لأن الالتزام بأداء العمل التزام لا يمكن أن ينتقل الى ورثة العامل لأنه التزام شخصى .

أما وفاة صاحب العمل فالأصل أنها لا تنهى العقد لأن الالتزام بدفـع الأجر ليس التزاما شخصيا ويمكن أن ينتقل الى الورثة . واستثنـاء من هذا الأصل ينقضى عقد العمل بموت صاحب العمل اذا كانت شخصيته قد روعيت فى ابرام العقد .

وقد نصت المادة (٨٢) من النظام على انه (لا ينقضى عقد العمل بوفاة صاحب العمل ما لم تكن شخصيته قد روعيت فى ابرام العقد ولكنه ينقضى بوفاة العامل ..

ثانيا : العجز الكلى عن اداء العمل :

نصت كذلك المادة (٨٢) على أن عقد العمل ينقضى اذا أصبح العامل عاجزا كليا عن أداء عمله . ولا يلزم أن يكون العجز مطلقا بل يكفى أن يصبح

العامل عاجزا عن اداء العمل الذى كان يؤديه بمقتضى العقد . ويثبت عجز العامل بشهادة طبية تصدر من الطبيب المعتمد من صاحب العمل أو من طبيب تعينه الجهة المختصة فى الحكومة .

ثالثا : المرض الطويل :

وينقضى عقد العمل كذلك وفقا للمادة (٨٢) بمرض العامل مرضا طويلا يمنعه من اداء عمله على النحو الواجب .

وقد عرف النظام المرض الطويل الذى ينهى العقد بأنه الذى يستمر مدة لا تقل عن تسعين يوما متتالية أو يكون مرضا متقطعا ويجاوز مجموع مدد المرض مائة وعشرية يوما فى السنة[١] .

رابعا : التصفية والافلاس والاغلاق المرخص به :

ينتهى عقد العمل كذلك بتصفية المنشأة أو افلاسها أو اغلاق أبوابها نهائيا بعد الترخيص لها باغلاق وتوقف نشاطها تبعا لذلك فإن عقد العمل ينتهى بسبب استحالة تقديم العمل الى العامل (م ٨٩) .

وتعد الحالات الواردة فى النص على سبيل التعداد التمثيلى والقاعدة أن تنطبق هذه الأحكام فى كل حالات القوة القاهرة الأخرى .

ولا تنقضى عقود العمل فى حالة حل الشركة أو اعتزال التجارة أو ادماج المنشأة فى غيرها أو تجزئتها أو انتقالها بالميراث أو الوصية أو الهبة أو البيع أو التنازل للغير وهذا ما قررته المادة (٨٩) من النظام عندما نصت على أن (يعتبر عقد العمل سارى المفعول فى جميع الحالات السابقة ما عدا التصفية والافلاس والاغلاق النهائى المرخص به) .

---

(١) ورد فى المادة (٨٢) من النظام خطأ مادى بالنص على أن مدة الانقطاع عن العمل (لا تزيد فى مجموعتها عن مائة وعشرين يوما) وصحتها (تزيد فى مجموعتها عن مائة وعشرين يوما).

المبحث الثاني : الفسـخ

من المقرر وفقا للقواعد العامة أن لكل من الطرفين فى عقد العمل أن يطلب فسخ العقد اذا اخل الطرف الآخر بالتزاماته الجوهرية .

وقد نص النظام على الحالات التى يجوز فيها لرب العمل فسخ العقد (مادة ٨٣) ، كما نص على الحالات التى يجوز فيها للعامل فسخ العقد (مادة ٨٤) .

ونستبق هنا الى القول بأن المشرع قد اطلق على بعض الحالات التى ينتهى بها العقد اصطلاح (الفسخ) مع العلم بأنها ليست من حالات الفسخ وفقا للقواعد العامة .

وسندرس فيما يلى حالات انهاء العقد وفقا للمادتين (٨٣) و (٨٤) من النظام مع الاشارة فى حينه الى تلك الحالات التى لا يصدق عليهـا وصف الفسخ .

المطلب الأول

حق رب العمل فى انهاء العمل وفقا للمادة (٨٣) من النظام

جعل المشرع لرب العمل حق فسخ عقد العمل فى تسع حالات اذ نصت المادة (٨٣) على تسع حالات وردت على سبيل الحصر يكون فيها لصاحب العمل أن يفسخ العقد دون اخطار أو تعويض أو مكافأة .

والواقع أن تسريح العامل لا يعتبر فسخا فى كل الحالات التى وردت فى النص المذكور ، بل إنّ هناك حالتين لا تعدان استعمالا لحق الفسخ بل تعتبر احداهما ابطالا للعقد ، وتعد الثانية استعمالا لحق رب العمل فى تسريح العامل وفقا لشروط العقد ولطبيعته .

أولا : حق رب العمل فى ابطال العقد للتدليس :

نصت المادة (٨٣) بند (٥) من النظام على حق رب العمل فى فسخ عقد العمل اذا ثبت أن العامل لجأ الى التدليس ليحصل على العمل ، كما اذا قدم شهادات أو توصيات مزورة .

والواقع أن الأمر هنا ليس من قبيل الفسخ لأنه لا يتضمن إخلالاً من العامل بالتزاماته العقدية وانما هو فى حقيقته تمسك ببطلان العقد للتدليس وفقا للقواعد العامة .

ثانيا : حق رب العمل فى تسريح العامل تحت الاختبار :

نصت المادة (٨٣) بند (٦) على حق رب العمل فى فسخ عقد العمل اذا كان العامل معينا تحت الاختبار ، والواقع أن تسريح العامل هنا لا يعد فسخا للعقد ولكنه استعمال الخيار الثابت لصاحب العمل فى حالة العقد تحت الاختبار طالما كان العامل فى فترة الاختبار وفقا لشروط العقد .

ثالثا : حق رب العمل فى فسخ العقد لاخلال العامل بالتزاماته الجوهرية أو عصيانه للأوامر المشروعة :

اجازت المادة (٨٣) بند (٢) لرب العمل فسخ العقد اذا لم يقم العامل بتأدية التزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل ، او لم يطع الأوامر المشروعة الصادرة اليه من رب العمل أو من رؤسائه .

ويسوغ النظام لرب العمل تسريح العامل وفصله من العمل فى هذه الحالة على اساس الفسخ لارتكاب العامل خطأ مهنيا جسيما . ومن التطبيقات القضائية لهذا النص فصل سائق السيارة الذى قام بتسييرها دون زيت كامل للمحرك حتى احترق محركها ، وفصل العامل الذى يتقاضى عمولة على المبيعات التى يكلفه رب العمل بيعها للعملاء . وفصل الحارس الذى ثبت نومه اثناء السرقة . ولا يعد اخلال العامل بالتزام غير جوهرى مبررا للفصل على أساس الخطأ المهنى الجسيم ، فالاخطاء العادية تبرر توقيع جزاءات اخرى على العامل ، ولكنها لا تبرر الفسخ وفصل العامل وعلى ذلك فارتكاب السائق

مخالفة ادت الى حادث تصادم بسيط او نقص مبيعات احد العمال البائعين فى متجر نقصا طفيفا عن باقى زملائه لا يبرر فسخ العقد او فصلاً من العمل بوجه عام .

رابعا : حق رب العمل فى فسخ العقد لتعمد العامل الحاق خسارة مادية به :

يجيز النظام لرب العمل فسخ العقد وتسريح العامل وفصله دون مكافأة أو تعويض اذا وقع من العامل عمدا أى فعل أو تقصير يقصد به الحاق خسارة مادية بصاحب العمل على شرط ان يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة خلال (٢٤) ساعة من وقت عمله بوقوعه مادة (٨٣) بند (٤) .

ويواجه النص سالف الذكر الحالة التى يتعمد فيها العامل بفعل أو امتناع يقع من جانبه الحاق خسارة مادية بصاحب العمل .

والواقع أن ترخيص المشرع لرب العمل بالفسخ فى هذه الحالة له ما يبرره خاصة وأن الفسخ جائز فى حالة الفسخ لخطأ غير عمدى .

وقد اشترط النظام فى هذه الحالة حتى يمكن لرب العمل استعمال حق الفسخ اخطار السلطة المختصة خلال اربع وعشرين ساعة من وقت عمله بالواقعة والا سقط حقه فى استعمال حق الفسخ . ولم يشترط النظام أن يكون فعل العامل جريمة تستوجب عقاباً جنائيا .

خامسا : حق رب العمل فى فسخ العقد لافشاء العامل الأسرار الصناعية والتجارية الخاصة بالعمل . :

يجوز لرب العمل فسخ العقد كذلك اذا ثبت أن العامل افشى الأسرار الصناعية أو التجارية الخاصة بالعمل الذى يعمل فيه (مادة (٨٣) بند (٩) ويعتبر اصل سعر الشراء من الأسرار التجارية فلا يجوز للعامل فى محل تجارى أن يفشى للعميل حقيقة السعر الذى اشترى به رب العمل البضاعة ولا أن يخبره بأن عميلا آخر اشترى بسعر ادنى من السعر المعروض عليه لأن هذا من شأنه ان يسىء الى المنشأة ويؤثر على الثقة فى المحل .

سادسا : حق رب العمل فى فسخ العقد لتعمد العامل مخالفة تعليمات السلامة :

يجوز كذلك لرب العمل فسخ العقد اذا لم يراع العامل عمدا التعليمات المعلن عنها فى مكان ظاهر والخاصة بسلامة العمل والعمال رغم انذاره كتابة (مادة ٨٣) بند (٢) .

وعلى هذا يجوز فصل العامل الذى يدخن فى مصنع أو منجم تنبعث فيه الغازات سريعة الاشتعال رغم التعليمات المعلنة له ، وكذلك العامل الذى يرفض ارتداء الخوذة وملابس الوقاية اللازمة لعمله وفقا للتعليمات المعلنة .

سابعا : حق رب العمل فى فسخ العقد لتغيب العامل دون سبب مشروع :

اجاز النظام ايضا لرب العمل فسخ العقد اذا تغيب العامل دون سبب مشروع اكثر من عشرين يوما خلال السنة الواحدة او اكثر من عشرة أيام متوالية على أن يسبق الفصل انذار كتابى من صاحب العمل للعامل بعد غيابه عشرة ايام فى الحالة الأولى وانقطاعه خمسة أيام فى الحالة الثانية (مادة ٨٣ بند ٧) .

ولا شك أن انقطاع العامل عن العمل دون عذر فيه اخلال بالتزامه الجوهرى وهو أداء العمل .

وقد حدد المشرع هذا الأمر تحديدا رقميا قاطعا لا اجتهاد فيه .

ورعاية للعامل نص النظام على انه يجب على صاحب العمل ان ينذر العامل كتابيا عند منتصف المدة التى يجوز بعدها الفسخ .

ثامنا : حق رب العمل فى فسخ العقد لارتكاب العامل سلوكا سيئا :

يجوز لرب العمل ايضا فسخ العقد اذا ثبت اتباع العامل سلوكا سيئا او ارتكابه عملا مخلا بالشرف أو الأمانة (مادة ٨٣ بند ٣) .

ويواجه هذا النص حالة الاخطاء الخلقية التى يرتكبها العامل وتجيز فسخ العقد من جانب رب العمل على اساس أن العامل الذى يرتكب هذه الأخطاء يفقد اعتباره الخلقى ويصبح غير جدير بثقة ربّ العمل ، فالعامل الذى يرتكب

عملا مخلا بالآداب فى مكان العمل أو يتواجد اثناء ساعات العمل فى حالة سكر أو يغازل احدى عميلات المحل التجارى او يحكم عليه نهائيا لجريمة مخلة بالشرف أو الأمانة كالسرقة والنصب أو خيانة الأمانة أو التزوير أو هتك العرض يعتبر مرتكبا سلوكا سيئا مخلا بالشرف والأمانة على نحو يبرر فسخ العقد .

تاسعا : حق رب العمل فسخ العقد لاعتداء العامل عليه :

ويجيز النظام اخيرا لرب العمل فسخ العقد اذا وقع من العامل اعتداء على صاحب المحل أو أحد رؤسائه اثناء العمل أو بسببه (مادة ٨٣ بند ١) .

ويجب لفصل العامل طبقا لهذا النص أن يتوافر شرطان :

١ ـ أن يقع اعتداء من العامل على صاحب العمل أو أحد رؤسائه :

يقصد بالاعتداء هنا الاعتداء بالمعنى الواسع سواء باللفظ او بالاشارة أو بالفعل . ولم يشترط النظام أن يكون الاعتداء جريمة جنائية ولذلك يكون لرب العمل حق فسخ العقد اذا وقع العدوان عليه أو على احد رؤساء العامل ولو لم يكن العدوان جريمة جنائية .

ومن الجدير بالذكر أن المعاملة الخشنة التى لا تعد عدوانا لا تجيز فسخ العقد .

والواقع أن النظام لم يحدد معيارا للاعتداء ولكنه أمر متروك للقضاء فى صور مختلفة الظروف المحيطة بالعمل ولظروف العلاقة بينهما ، على انه اذا كان الاعتداء متبادلا فانه لا يبرر فصل العامل الا اذا كان العامل هو الذى بدأ بالاعتداء . أما اذا كان رب العمل أو أحد رؤساء العامل هو الذى بدأ بالعدوان فان دفاع العامل عن نفسه أو رده العدوان بالمثل لا يبرر الفسخ .

٢ ـ أن يكون الاعتداء أثناء العمل أو بسببه :

وعلى هذا فاذا وقع اعتداء من العامل لا صلة له بالعمل ولو كان ذلك فى مكان العمل فلامبرر لفصل العامل .

المطلب الثاني

حق العامل فى انهاء العقد
وفقا للمادة (٨٤) من النظام

نص النظام فى المادة (٨٤) منه على الحالات التى يجوز فيها للعامل فسخ العقد مع احتفاظه بحقه فى المكافأة والتعويض ان كان له محل ، فقد اجاز النظام فى المادة سالفة الذكر للعامل أن يترك العمل قبل نهاية العقد ودون سبق اعلان فى ست حالات محددة على سبيل الحصر .

وقد أجاز النظام للعامل فسخ العقد فى الحالات المذكورة سواء أكان العقد محدد المدة او غير محدد المدة ، ولا يصدق وصف الفسخ على كل هذه الحالات على نحو ما سنرى فيما بعد . وسنعرض فيما يلى الحالات التى عرض لها النظام فى المادة (٨٤) منه .

اولا : حق العامل فى ابطال العقد للتدليس :

أجاز النظام لعامل فسخ العقد اذا كان صاحب العمل أو من يمثله قد ادخل الغش على العامل فيما يتعلق بشروط العمل (مادة ٨٤ بند ٥) . وقد اطلق النظام على هذه الحالة اصطلاح الفسخ والواقع أن هذا يعد استعمالا لحق العامل فى ابطال العقد للتدليس وفقا للقواعد العامة .

ثانيا : حق العامل فى فسخ العقد لعدم تنفيذ رب العمل لأى من التزاماته التى تجب عليه نظاما :

يحق للعامل فسخ العقد اذا لم يقم صاحب العمل بالتزاماته ازاء العامل (مادة ٨٤ بند ١) وهكذا يجوز للعامل أن يفسخ العقد اذا لم ينفذ رب العمل اى التزام من الالتزامات التى يلقيها عليه النظام . ولم يقيد النظام هذا الحق بضرورة أن يكون الاخلال جسيما بالتزامات رب العمل فيكفى أى اخلال

بالتزامات رب العمل حتى يكون للعامل حق الفسخ وذلك التقيد بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود .

وقد لاحظنا أن حق رب العمل فى حالة الفسخ يتجه لاخلال العامل بالتزاماته يشترط فيه أن يخل العامل اخلالا جسيما بالتزاماته الجوهرية .

ثالثا : حق العامل فى الفسخ اذا كان هناك خطر جسيم يهدد سلامة العامل أو صحته :

ويشترط لكى يكون للعامل هذا الحق أن يكون صاحب العمل قد علم بوجود ذلك الخطر ولم يعمل على ازلته (مادة ٨٤ بند ٤) ومن أمثلة ذلك أن يصبح مبنى المصنع أو المحل آيلا للسقوط أو يقصر رب العمل فى صيانة الآلات حتى تصبح مصدر خطر على العمال أو أن تتلف أجهزة التهوية فى أحد المناجم ولا يوفر رب العمل أساليب أو وسائل وقاية العمال من أخطار العمل مما يعرضهم لخطر جسيم .

رابعا : حق العامل فى فسخ العقد اذا وقع من صاحب العمل أو من ينوب عنه فعل أو اعتداء مخل بالآداب نحو العامل أو أحد أفراد أسرته :

ولم يشترط النظام أن يكون هذا الفعل مكونا لجريمة جنائية كما أنه لا يلزم أن يقع الفعل فى مقر العمل أو بمناسبته (مادة ٨٤ بند ٣) .

ومن الملاحظ أن المشرع لم يحدد معايير معينة لكى يكون الفعل الذى اتاه رب العمل او الاعتداء المخل بالآداب على مستوى معين من الجسامة ، وعلى ذلك يكفى فى نظرنا أن يكون الفعل مخلا بالحياء .

خامسا : حق العامل فى فسخ العقد اذا كلف صاحب العمل العامل بعمل يختلف اختلافا جوهريا عن طبيعة العمل الذى ارتبط به بموجب العقد :

يكون للعامل فى الحالة السابقة حق الفسخ كما يثبت له هذا الحق اذا قام رب العمل بنقل العامل من مكانه الاصلى الى مكان آخر يقتضى تغيير اقامته ومن شأنه الحاق ضرر جسيم بالعامل ولم يكن له سبب مشروع تفرضه طبيعة العمل (مادة ٨٤ بند ٢) .

سادسا : حق العامل فى فسخ العقد اذا كان صاحب العمل قد دفع العامل بتصرفاته وعلى الأخص بمعاملته الجائرة او بمخالفته شروط العقد الى أن يكون العامل فى الظاهر هو الذى أنهى العقد :

اذا عمد رب العمل الى الاضرار بالعامل مستترا وراء مصلحة العمل كأن يأمر العامل بالعمل تحت إمرة مرؤوس له أو أن يوجه اليه اللوم أمام مرؤوسيه قاصدا اهانة العامل أو ارغامه على ترك العمل وحتى يكون العامل فى الظاهر هو الذى أنهى العقد وليس صاحب العمل فانه يحق للعامل فسخ العقد (مادة ٨٤ بند ٦) .

استحقاق العامل للتعويض والمكافأة فى الحالات السابقة :-

نصت المادة (٨٤) من النظام على أنه اذا فسخ العامل العقد لأحد الأسباب السابقة فانه لا يفقد حقه فى التعويض قبل صاحب العمل ويشمل هذا التعويض الأضرار الناشئة من تصرف صاحب العمل .

وكذلك يستحق العامل التعويض عن مدة الاخطار والتعويض عن فقد العمل .

وكذلك لا يفقد العامل حقه فى مكافأة نهاية الخدمة بينما يفقد هذا الحق اذا كان هو المخطىء وفسخ العقد وفقا لاحكام المادة (٨٣) .

وعلى ذلك يعتبر انهاء العقد من العامل وفقا للمادة (٨٤) من النظام كما لو كان صادرا من قبل صاحب العمل . ويكون إنهاءً لا يستند الى مبرر ومن ثم يلزمه التعويض ويستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة .

الفصل الثانى

الأسباب العادية لانتهاء عقد العمل

ينتهى عقد العمل نهاية عادية بانقضاء مدته ادا كان محدد المدة وبانهائه من جانب احد الطرفين اذا كان غير محدد المدة .

المبحث الأول : انتهاء عقد العمل المحدد المدة

يمكن تعريف عقد العمل المحدد المدة بأنه العقد الذى تحدد نهايته بأمر مستقبل محقق الوقوع . ولا يتوقف تحققه على إرادة احد الطرفين(١) وقد يكون العقد المحدد المدة منطويا على تحديد مدة معينة لانتهائه أو متضمنا ابرام العقد لأداء عمل معين . وفيما يلى صورتا العقد محدد المدة :

أولا : العقد لمدة معينة :

قد تحدد مدة العقد بتاريخ معين أو بنهاية مدة معينة كشهر أو سنة أو بنهاية موسم معين كموسم الصيف أو الشتاء أو الحج أو الصيد أو غير ذلك .

ولا يخلو تحديد العقد بالموسم من صعوبات . والراجح أن العقد فى هذه الحالة يعتبر محدد المدة اذا كانت مدة الموسم محددة تحديدا دقيقا فى نظر الطرفين . أما اذا كانت غير محددة بدقة فإن العقد يعتبر عقدا غير محدد المدة ويسرى هذا الحكم من باب اولى اذا كان تحديد نهاية الموسم من حق احد الطرفين وهو غالبا رب العمل .

---

(١) انظر فى هذا الخصوص Durand : Traite de droit du Travail 1950 .P. 311
وانظر كذلك محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى قانون العمل سنة ١٩٦٢ ص ١٦٥ .

والواقع أن تحديد ما اذا كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة لايكون دائما أمرا سهلا ممكن القطع فيه دون بحث ، فمن العقود ما يثير الخلاف شأنه وصفه وما اذا كان عقدا محدد المدة أو غير محدد المدة .

ولا شك انه لا يكفى لتكييف عقد العمل أن يرجع الى الوصف الذى اطلقه عليه الطرفان المتعاقدان لأن العبرة فى العقود بحقيقة ما انطوت عليه لا بما وصفها به المتعاقدان وعلى ذلك يكون للقضاء أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ ليخلع على العقد وصفه الحقيقى .

ومن الفروض التى أثارت الخلاف الفرض الخاص بتحديد مدة معينة ينتهى فيها العقد مع منح كل من الطرفين حق الانهاء قبل حلول الموعد المذكور .

وقد انتهت اللجنة العليا فى الرياض الى أنه اذا كانت المدة محددة مع حق الطرفين فى انهائها فى أى وقت أو لأى سبب بانذار أو بغير انذار فان العقد يكون فى هذه الحالة غير محدد المدة ، وهذا هو ما قضت به كذلك محكمة النقض المصرية[1] .

ثانيا : العقد لعمل معين :

يكون العقد محدد المدة اذا أبرم لتنفيذ عمل معين كإنشاء طريق أو التدريس خلال فصل دراسى أو ما شابه ذلك ، ويكون المفروض أن ينتهى عقد العمل بمجرد اتمام هذا العمل[2] هذا ومن الجدير بالذكر أنه لا أثر لطريقة تعيين الأجر على تكييف العقد بأنه محدد المدة أو غير محدد المدة .

فاذا كان الأجر محددا بالقطعة مثلا ، فان العقد لا يعتبر عقدا محدد المدة الا اذا كان قد اتفق فيه على عدد القطع التى يجب انتاجها . اما اذا لم يتفق على عدد القطع فيعتبر العقد غير محدد المدة . والفصل دائما فى تكييف العقد هو نية المتعاقدين على نحو ما ذكرنا .

---

(١) انظر فى هذا الخصوص قرار اللجنة العليا فى الرياض رقم ١٤٨ وتاريخ ١٣٨٥/١/١٠ هـ .
وانظر كذلك فى هاذ الخصوص حكم محكمة النقض المصرية فى ١٩٥٦/٤/٥ م .

(٢) انظر قرار اللجنة العليا فى الرياض رقم ١٧٣ وتاريخ ١٣٨٥/١١/١ هـ .

تحديد الحد الأقصى لعقد العمل

لم ينص نظام العمل السعودى على حد اقصى لمدة العقد . والواقع أن الفقه الاسلامى يميل الى وجوب تحديد مدة معينة لعقد العمل حتى لا ينتهى الأمر الى تأبيد العقد أو جعله نافذا مدى الحياة ، فيتحول العامل الى رقيق لصاحب العمل . ويعد ذلك مخالفا للنظام العام فى المملكة نتيجة لالغاء الرق .

وعلى ذلك فمن رأينا أنه اذا إستبانت اللجنة ان عقدا ما قد أبرم لمدة طويلةوأن شروط العقد تقطع بنية المتعاقدين الى ابرامه لمدة حياة العامل أو لمدة تقطع بمخالفة ما كفله المشرع من حرية العمل فانه يجب عليها اعتباره عقدا غير محدد المدة ومن ثم يجوز للعامل انهاؤه فى أى وقت بعد اتباع اجراءات الاخطار وفقا للنظام .

وتتجه التشريعات الحديثة أن تضمن انظمتها نصوصا تضع حدودا قصوى لمدة عقد العمل ، وقد انطوت تشريعات بعض البلاد العربية على نصوص تحمل هذا المعنى ومن ذلك نص المادة (٦٧٨ / ٢) من القانون المدنى المصرى التى تجيز للعامل انهاء عقد العمل المبرم لمدة حياة العامل أو رب العمل أولأكثر من خمس سنوات بعد انقضاء خمس سنوات على أن ينذر العامل رب العمل قبل الانهاء بستة اشهر[١] كما نصت المادة (٦٤٤) من القانون المدنى السورى على أن (عقد العمل لمدى حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات باطل حكما) ، وقد وضعت المادة (١٣) من قانون العمل الكويتى والمادة (١٧ ـ أ) من قانون العمل البحرينى حدا اقصى لمدة عقد العمل هى خمس سنوات .

---

(١) يتفق حكم هذه المادة مع احكام القانون الالمانى والقانون البولونى واحكام المشروع الفرنسى الايطالى وتقرر كلها حق الانهاء للعامل وحده أما القانون السويسرى فيسوى بين العامل ورب العمل فى هذا الحق ، وينتقد بعض الكتاب فى مصر احكام القانون المصرى فى هذا الخصوص انظر محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ١٧١ .

أحكام انتهاء العقد المحدد المدة :

ينتهى عقد العمل بانتهاء مدته أو بانتهاء العمل الذى أبرم من اجله وذلك دون حاجة الى اتخاذ اى اجراء من أى من الطرفين . ولكن اذا استمر الطرفان فى تنفيذ العقد بعد انتهاء المدة أو العمل ، فان العقد يستمر بينهما ويعتبر مجدد المدة غير محدة (المادة ١١ والمادة ، ٧٢) [1] اى أن العقد يتحول الى عقد غير محدد المدة . ويثير هذا النص فى التطبيق صعوبات كثيرة :

فقد يحدث أن يحتفظ رب العمل بالعامل بعد انتهاء المدة حتى يجد عملا آخر أو حتى يستعين به رب العمل فى أمر مؤقت فيثور النزاع بشأن تجديد العقد لمدة غير محددة ولذلك فانه يجب فى هذه الحالات أن يحرر عقد جديد ينص على المدة الجديدة التى يتفق عليها الطرفان ، وتطبيقا لذلك قضت اللجنة العليا فى الرياض بأن تجديد العقد المحدد المدة ضمنا بالاستمرار فى تنفيذه دون انقطاع يجعله عقدا غير محدد المدة .

ويثور الخلاف بشأن تكييف العقد المحدد المدة الذى يجرى تجديده لمدد اخرى بمقتضى نص صريح فى العقد الأصلى أو بمقتضى اتفاق جديد لاحق .

وقد ذهب بعض الفقهاء فى العالم العربى واتبعهم بعض احكام القضاء الى ان العقد المحدد المدة ينقلب الى عقد غير محدد المدة اذا قام الطرفان بتجديده ، سواء بالاتفاق الصريح أو الضمنى ، مستندين فى ذلك الى ما جاء فى المذكرة الايضاحيّة للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى من ان المشرّع قد فضل الأخذ ، عن التقنين الألمانى البولونى ، بقاعدة تحول العقد المحدد المدة ، بعد انتهاء مدته ، الى عقد غير محدد المدة بدلا من تحديده الى مدد اخرى محددة لأن التجربة اثبتت فى فرنسا أن الأخذ بالحل الأخير قد يسهل الخروج على القواعد الخاصة بعدم جواز الطرد فى وقت غير لائق ، وذلك عن طريق الاتفاق

---

(١) يطابق هذا الحكم حكم المادة (٦٧٩) من القانون المدنى المصرى المادة (٦٤٥) من القانون المدنى السورى .

على تحديد العقد بيوم واحد حتى يتجدد بعد ذلك من يوم الى آخر (فيمكن انهاؤه فى أى يوم بدون أية مسئولية)[١] .

وعلى هذا ذهب أصحاب هذا الرأى الى أن قاعدة تجديد العقد المحدد المدة الى عقد غير محدد المدة تستهدف حماية العامل ومنع التحايل على احكام القانون ، فهى ـ فى نظرهم ـ قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام ويجب تطبيقها ولو صرح الطرفان فى العقد بأن تجديده لمدة معينة[٢] .

وذهب فريق ثان من الكتاب وتابعتهم بعض احكام القضاء الى أن القاعدة التى تقضى بتجديد العقد المحدد المدة الى عقد غير محدد المدة ليست سوى قاعدة مقررة ومكملة لارادة المتعاقدين ومن ثم يجوز الاتفاق على عكسها وأنها لا تطبق الا فى حالة التجديد الضمنى أى فى حالة الاستمرار فى تنفيذ العقد ، ولا تطبق فى حالة الاتفاق أو الشرط الصريح الذى يتعين على الطرفين احترامه وتنفيذه بكل حسن نية ، لأن العقد شريعة المتعاقدين[٣] .

وقد ساد هذا الرأى الأخير فى المملكة العربية السعودية اذ ثبتته اللجنة العليا فى الرياض فى حكم من اهم احكامها اذ قضت بأنه : (اذا نص فى العقد على شرط التجديد لمدة معينة ، سواء حدد عدد مرات التجديد أم لم يحدد عددها ، فان العقد يبقى محدد المدة ، سواء فى مدته الأصلية أو فى كل مدة من المدد التى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الخامس ص ١٢٢

(٢) الدكتور / محمود جمال الدين زكى : عقد العمل فى القانون المصرى ١٩٥٦ ص ١٦٧ والوجيز فى قانون العمل ١٩٦٢ ص ١٩٣ : وانظر كذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٤/٥/٢٩ م الذى قضى بأنه « فى كل مرة يكون هنالك عقد معين المدة ينص فيه على تكرار تجديده تباعا مددا متساوية يكون هذا العقد عند انتهاء المدة الأولى وحصول التجديد عقدا غير معين المدة ، إذا استمر الطرفان فى تنفيذه »

(٣) انظر الدكتور / إسماعيل غانم : قانون العمل سنة ١٩٦١ صـ ٤٤٢ . وانظر كذلك فتحى عبد الصبور الوسيط فى عقد العمل الفردى سنة ١٩٦١ م صـ ١١٩ وكذلك أكثم الخولى دروس فى قانون العمل سنة ١٩٥٧ صـ ١٢٩ .

تجدد فيها ، فلا يصح انهاؤه بالارادة المنفردة فى خلال المدة الجارية[1] كما قضت ايضا : (ان العقد يكون محدود المدة فى حال تجديده بالاتفاق الذى يرد على فترة زمنية ينص عليها التعاقد) .[2]

وعلى هذا فان التفسير السليم لحكم المادة (١١) من النظام والمادة (٧٢) منه أنه ما لم يكن هناك اتفاق صريح على تجديد العقد لمدة محددة أخرى فإن حكم المادتين سالفتى الذكر يعتبر العقد مجددا لمدة غير محددة .

المبحث الثاني : إنهاء عقد العمل غير محدّد المدة

مبدأ جواز الانهاء بارادة أى من الطرفين :

من المحقق أن كون عقد العمل غير محدد المدة ، لا يعنى أنه غير قابل للانهاء والا لأصبح مؤبدا مما يخالف مبادىء حريّة العمل التى يكلفها النظام العام . العقود غير محددة المدة تنتهى بالارادة المنفردة لأى من الطرفين . وعلى ذلك فاذا كان العقد غير محدد المدة فانه يجوز لكل من صاحب العمل والعامل أن ينهيه فى أى وقت . ولولا هذا الحكم لتحولت رابطة العمل الى وضع يشبه الرق .

وحق الانهاء يحفظ على العامل كرامته ويمكنه من الالتحاق بعمل آخر بشروط افضل .

أما من ناحية رب العمل فتظهر فائدة الانهاء فى تحقيق مصلحة المشروع وضمان المرونة اللازمة فى عنصر العمل واستبدال عمال أكفاء بالعمال غير الأكفاء .

ويتخذ حق انهاء العقد تسميات مختلفة فى العمل . فالانهاء من جانب رب العمل يسمى بالطرد أو التسريح أو الفصل أو الوقف ، أما الانهاء من جانب

---

(١) قرار اللجنة العليا رقم ١٧٩ الصادر فى ١٣٨٥/١١/٣٠ هـ .

(٢) قرار اللجنة العليا رقم ٨١ الصادر فى ١٣٧٤/١/٢١ هـ .

العامل فيسمى بالاستقالة . ونظام العمل نفسه يستعمل اصطلاح الفسخ فى المادة (٧٣) الخاصة بالانهاء .

ولكن حقيقة الوضع القانونى فى العقود غير محددة المدة هى اننا نكون أمام انهاء للعقد من جانب أحد طرفيه الذى يعبر عنه فى الاصطلاح القانونى الدقيق بالغاء العقد اذ ان هذا الاصطلاح هو الأفضل فى نظرنا فى العقود الزمنية .

شروط الانهاء النظامى :

وحتى يكون انهاء العقد صحيحاً نظاما لا يستتبع مسئولية من يلجأ اليه من الطرفين يجب أن يتوافر فيه شرطان :

اولهما شرط شكلى : هو الاخطار السابق .

وثانيهما شرط موضوعى : وهو أن يكون الانهاء لسبب مشروع . وفيما يلى بيان ذلك :

المطلب الأول

الشرط الشكلى (الاخطار السابق)

اذا اراد احد الطرفين انهاء العقد غير محدد المدة فعليه أن يخطر الطرف الآخر كتابة بذلك يتمكن الطرف الآخر من علاج الامر نتيجة لانهاء العقد فيبحث العامل عن عمل آخر أو يبحث صاحب العمل عن عامل جديد .

والاخطار تصرف قانونى من جانب واحد يقصد به افصاح الرغبة عن انهاء عقد العمل غير محدد المدة . وما دام الاخطار تصرفا قانونيا ، فيجب أن يصدر من الطرف صاحب الشأن أو من ممثله القانونى وأن يكون من قام بالاخطار له اهلية اصداره .

والاخطار يجب أن يكون كاشفا عن الرغبة فى انهاء العقد بطريقة قاطعة لا تحتاج الى تفسير أو تأويل ، فلا يكفى اعلان صاحب العمل بأنه يعتزم الاستغناء عن عدد من العمال العاملين لديه ولا يكفى مجرد اقتراح صاحب العمل تعديل بعض شروط العقد بينهم انه يعنى الرغبة فى انهاء العقد فى حالة عدم موافقة

العامل على التعديل .

وحتى يقطع المشرع أى مجال للشك اشترط فى الاخطار أن يكون مكتوبا . وقد ثار الجدل فيما اذا كانت الكتابة شرطا شكليا لصحة الاخطار أم أنها مطلوبة لمجرد الاثبات .

ونرجح القول بأن الكتابة مطلوبة للاثبات وعلى ذلك فان الاقرار يكفى لاثبات قيام الاخطار ولو لم يكن مكتوبا .[١] كما نرى انه يقبل اثبات الاقرار باليمين .

ومدة الاخطار هى ثلاثون يوما لعمال المشاهرة وخمسة عشر يوما للآخرين المادة (٧٣) ، ويكاد يجمع الفقه والقضاء على ان مدة الاخطار مدة محددة أو قاطعة لا تقبل الوقف أو الانقطاع لأى سبب من الأسباب ولو كان هذا السبب هو القوة القاهرة .

وتعد قواعد الاخطار من النظام العام ، ومن ثم لا يجوز اصلا الاتفاق على خلافها ولا يصح أن يتفق الطرفان فى عقد العمل على امكان انهائه دون ذلك الاخطار ويكون مثل هذا الشرط باطلا ويصح العقد فيما عدا ذلك .

ولكن اذا اتفق الطرفان على مخالفة احكام الاخطار بما يتضمن مصلحة اضافية للعامل كان مثل هذا الاتفاق صحيحا وذلك كأن يتفق الطرفان على أن يتم الاخطار قبل الانهاء بمدة اطول كشهرين مثلا .

ويبدأ حساب مدة الاخطار من وقت علم الطرف الآخر به . وهذا تطبيق للقواعد العامة . فالاخطار قانونى ، والقاعدة العامة أن التصرف القانونى لا ينتج اثره الا من وقت وصوله الى علم الطرف الآخر .

ويعتبر وصول خطاب الاخطار قرينة على العلم بما جاء به .

ولا ينتهى العقد الا بانتهاء مدة الاخطار فى العقود غير المحددة المدة فالعقد يبقى قائما صحيحا طوال مدة المهلة المذكورة . وينتج عن ذلك أن هذه المدة تدخل فى تقدير مكافأة نهاية الخدمة .

---

(١) انظر أكثم الخولى المرجع السابق ص ٣٩٥

وقد يرى صاحب العمل عدم تكليف العامل بالحضور خلال المهلة المذكورة على أن يعطيه أجره المعتاد . بل قد يفضل صاحب العمل ذلك فى بعض الأحيان .

فاذا لم يراع المتعاقد قواعد الاخطار أو لم يقم بالاخطار فى الموعد المحدد ، فانه يكون قد اساء الى الطرف الآخر ويلزم بتعويضه عن الضرر الذى أصابه .

والأصل فى التعويض انه يقابل الضرر الفعلى الذى أصاب الطرف الآخر .

ويتخذ الأجر الأخير للعامل أساسا لتقدير التعويض .

واذا كان أجره بالقطعة فيكون التقدير على اساس متوسط ما حصل عليه العامل عن ايام العمل الفعلية فى الاشهر الثلاثة الأخيرة (المادة ٧٣) .

ويتحدد التعويض على هذا النحو حتى اذا كان العامل هو الذى ينهى العقد . ولكن يستثنى الحالات الآتية من شروط الاخطار :

١ ـ حالات انتهاء العقد لأحد الأسباب غير العادية الناشئة عن قوة قاهرة أو سبب أجنبى لا يد للطرفين فى وقوعها والمبينة فى المادتين ٨٢ ، ٨٩ من نظام العمل .

٢ ـ حالات فسخ العقد بسبب ارتكاب احد الطرفين ذنبا من الذنوب الخطيرة المنصوص عليها فى المادة (٨٣) من نظام العمل بالنسبة الى العامل أو المادة (٨٤) منه بالنسبة الى صاحب العمل .

٣ ـ حالات فسخ العقد الواردة فى الفقرة الأخيرة من المادة (٨٧) من نظام العمل ، وهى حالة تكليف العامل بالخدمة العسكرية ، وحالة إستقالة العاملة بسبب الزواج أو انجاب الأولاد ، وحالة ترك العامل الخدمة نتيجة قوة قاهرة خارجة عن ارادته .

٤ ـ حالة فسخ عقد العامل تحت الاختبار ، لأن عقد الاختبار عقد مؤقت معلق على شرط فاسخ وليس عقدا نهائيا ، فلا يشترط فيه الاخطار المسبق وفقا للبند السادس من المادة (٨٣) من نظام العمل .

٥ ـ حالة انتهاء عقد العمل المحدد المدة ، لأنه ينتهى بانقضاء مدته أو انجاز العمل المتفق عليه .

المطلب الثانى

الشرط الموضوعى (مشروعية الانهاء)

مبدأ عدم جواز التعسف فى انهاء العقد :

يجب على كل من طرفى عقد العمل اذا كان غير محدد المدة الا يتعسف فى استعمال حق الانهاء ، ولم ينص النظام الا على صورتين فى المادة (٧٥) تعبران عن الفصل التعسفى من رب العمل هما انهاء العقد لمطالبة العامل بحقوق مشروعة وفصل العامل لرفض تنفيذ أمر النقل المكانى المخالف للنظام .

ويتحقق التعسف وفقا للقواعد العامة فى اى من الحالات الآتية :

١ ـ اذا كان استعمال الحق يهدف الى تحقيق مصلحة غير مشروعة .

٢ ـ اذا كان استعمال الحق يهدف الى تحقيق الاضرار بالطرف الآخر .

٣ ـ اذا كان استعمال الحق لتحقيق مصلحة خاصة لصاحبه لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الطرف الآخر من ضرر من جزاء ذلك .[١] .

وقد قضت الجنة العليا لتسوية الخلافات العمالية فى الرياض بأن استعمال الحق مشروط فيه عدم التعسف فى استعماله ، فالغرض الذى تهدف اليه الأنظمة هو تنظيم المصالح المختلفة واتساق الموازنة بينها على اكمل ما يستطاع حتى يقدر المرء أن يطمئن على مستقبله) .[٢] .

كما قضت فى مناسبة أخرى بأن (القواعد العامة للشريعة الاسلامية تقضى بأن استعمال الحق لا يكون مطلقاً ، بل هو مقيد بعدم اساءة استعمالها ، فاذا خالف صاحب العمل هذه القواعد كان ملزما بالتعويض) .[٣] .

---

(١) انظر المادة (٤) من القانون المدنى المصرى والمادة (٥) من القانون المدنى السورى

(٢) قرار اللجنة العليا رقم ٢٨ وتاريخ ١٣٩٠/٨/٢٧ هـ

(٣) قرار اللجنة العليا رقم ٢١١ وتاريخ ١٣٨٦/١١/٢٢ هـ

أولا : استعمال حق الانهاء تحقيقا لمصلحة غير مشروعة :

اذا هدف رب العمل أو العامل من انهاء العقد الى تحقيق مصلحة غير مشروعة كان الانهاء غير مشروع ، ومن امثلة ذلك أن يقوم رب العمل بفصل احد عماله لمجرد انتمائه الى اقليم معين من اقاليم الدولة أو لأنه يؤمن بفكر أو مبدأ معين ، يخالف ما يؤمن به رب العمل اذا كانت طبيعة العمل لا تجعل لهذا الاختلاف أهمية .

وكذلك الحال اذا استعمل حق الانهاء لمجرد ان العامل قد طالب صاحب العمل بحقوق مشروعة له وكذلك اذا فصل العامل لمجرد انه رفض تنفيذ أمر النقل المكانى الذى لم يستوف الشروط الواجبة . لصحة هذا النقل .

وقد نصت المادة (٧٥) صراحة على هاتين الحالتين الأخيرتين كأمثلة للانهاء بغير سبب مشروع . كذلك يمتنع على رب العمل فصل العامل أثناء المرض (مادة ٨٤) وفصل العاملة اثناء اجازة الحمل والولادة (مادة ١٦٧) .

ثانيا : قصد الاضرار بالطرف الآخر :

ويعد الانهاء تعسفيا اذا لم يكن يستهدف سوى الاضرار بالطرف الآخر كما اذا فصل العامل لمجرد أنه صرح لمفتش العمل بالمخالفات التى ترتكبها المنشأة أو لأنه سمح لزوجته العاملة فى نفس المنشأة بمقاضاة رب العمل .

ثالثا : عدم تناسب المصلحة مع الضرر :

ويكون الانهاء تعسفيا اذا كان الهدف منه تحقيق مصلحة لا تتناسب مطلقا مع الضرر الذى يصيب الآخر من استعمال حق الانهاء . ومن الأمثلة على ذلك انهاء عقد العامل لمجرد اتهامه فى جريمة سرقة او لمجرد حصوله على هدايا من عملاء المحل أو المصنع دون أن يثبت أن الغرض منها ليس المساس بمصالح رب العمل .

أمثلة لحالات انهاء العقد بسبب مشروع :

يكون الانهاء مشرعا لا تعسف فيه اذا مارسه صاحب العمل نزولا على مقتضيات حسن ادارة المشروع وحسن سير العمل به ورفع انتاجيته ، وقد يرجع

ذلك لأسباب اقتصادية أو لأسباب تتعلق بتجديد أساليب الانتاج أو لزيادة انتاجية المشروع وذلك على النحو الآتى :

اولا : الأسباب الاقتصادية :

اذا حلت فترة كساد أو مر المشروع بأزمة اقتصادية ولو كان ذلك بسبب اخطاء رب العمل فى الادارة جاز لرب العمل انهاء عقود بعض العمال لتخفيض التكاليف وقد ذهبت بعض الاحكام الى أن سوء الظروف الاقتصادية لا يبرر انهاء العقد الا اذا كان استمرار المنشأة متوقفا على اجراء هذا التوفير فى عدد من العمال بانهاء عقودهم غير محدد المدة .

ثانيا : استخدام اساليب جديدة فى الانتاج :

يعد استخدام طريقة جديدة فى الانتاج لادارة بها العّمال السابقون مبررا لانهاء عقود بعض العمال فاذا استخدم رب العمل طرازا جديدا من الآلات تقتضى صيانته خبرة خاصة ومستوى معيّناً من التعليم جاز لرب العمل انهاء عقود العمال القدامى الا أن على صاحب العمل أن يمهد لعماله سبيل الالمام بالطرق الجديدة والتدريب عليها اذا كان ذلك ممكنا .

ثالثا : انهاء العقد لقلة انتاج العامل :

كذلك يكون الانهاء مشروعا وبريئا من التعسف اذا كان الباعث عليه قلة انتاج العامل أو عدم كفاءته وهو ما يقدره رب العمل على ضوء مصلحة المشروع بمقارنة العامل بغيره ممن يحصلون على مثل أجره .

اثبات التعسف :

تذهب القواعد العامة الى أن على من يدعى التعسف اثباته ، ولكن خروجا على هذه القواعد العامة اتجه التشريع الحديث فى قوانين العمل الى الأخذ بمبدأ وقوع عبء الاثبات على صاحب العمل اذ يجب عليه اقامة الدليل على أن الانهاء يستند الى سبب مشروع ، فاذا عجز عن تقديم هذا الاثبات اعتبر الانهاء غير مشروع وقامت مسئوليته .

وقد اخذ النظام السعودى بهذا الاتجاه الحديث (المادة ٧٥ فقرة ٤) ونص

على انه (يقع على صاحب العمل عبء اثبات ان الفصل تم بسبب مشروع .) .

الرقابة القضائية على مشروعية الفصل :

احاط النظام العامل بضمانات متعددة ضد الفصل غير المشروع ومن اهم هذه الضمانات : الرقابة القضائية على مشروعية الفصل وتتحقق على النحو الآتى :

١ ـ جواز وقف تنفيذ قرار الفصل .

٢ ـ جواز الحكم باعادة العامل الى العمل .

٣ ـ جواز الحكم بالتعويض على الطرف المتعسف ، وذلك على التفصيل الآتى :

اولا : وقف تنفيذ قرار الفصل :

اذا اصدر رب العمل قراره بفصل العامل جاز لهذا الأخير وفقا لاحكام النظام أن يتقدم الى اللجنة المختصة عن طريق مكتب العمل وذلك لطلب الحكم بوقف تنفيذ قرار الفصل .

ويجب أن يقدم هذا الطلب خلال خمسة عشر يوما من اخطار العامل بقرار الفصل وتنظر اللجنة فى هذا الطلب على وجه السرعة فى ميعاد لا يتجاوز اسبوعين ، ويكون قرار اللجنة فى هذا الشأن نهائيا .

وتقوم الجنة التى يطلب منها وقف تنفيذ الفصل بفحص سريع لظروف الفصل . فاذا اقتنعت بالتعسف أصدرت قرارها بوقف تنفيذ الفصل ويترتب على هذا الأمر أن يصبح صاحب العمل ملزما بأن يؤدى الى العامل فورا مبلغا يعادل اجره من تاريخ فصله .

وقد يعيد صاحب العمل العامل الى عمله ويعتبر النزاع منتهياً عند هذا الحد . ولكن قد يصر صاحب العمل على موقفه وفى هذه الحالة يتعين على الجنة أن تفصل فى اصل الموضوع خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ صدور قرار وقف التنفيذ .

أما اذا رفضت اللجنة الأمر بوقف التنفيذ فإن هذا لا يسقط حق العامل فى رفع الدعوى الموضوعية ضد صاحب العمل بسبب التعسف فى الفصل ، ويلاحظ أن الأمر بوقف تنفيذ الفصل يجوز فى جميع الحالات التى يمارس فيها حق الانهاء أو حق الفسخ على نحو غير مشروع ، فهو جائز فى الحالات الواردة فى المادة (٨٣) كما أنه جائز فى حالات استعمال الحق فى انهاء العقد غير محدد المدة .

ثانيا : الحكم باعادة العامل الى العمل :

اذا تولت اللجنة الفحص الموضوعى للدعوى المرفوعة من العامل فانه يجوز لها ان تحكم باعادة العامل الى العمل اذا اقتنعت بانه على حق وان الفصل قد وقع بالمخالفة لاحكام النظام .

وقد نصت المادة (٧٥) على أنه يجب على اللجنة الأمر باعادة العامل الى العمل فى حالة الفصل لمجرد مطالبة العامل بحقوق مشروعة وكذلك فى حالة الفصل لامتناع العامل عن تنفيذ أمر غير مشروع بالنقل المكانى .

وفى غير هاتين الحالتين تكون اللجنة بالخيار فإما أن تحكم باعادة العامل الى العمل وإما أن تكتفى بالحكم بالتعويض على صاحب العمل اذا قدرت استحالة استمرار التعاون بين الطرفين وأن النزاع بين الطرفين قد جعل من غير الممكن اعادة العامل الى العمل .

ثالثا : الحكم بالتعويض النقدى على الطرف المتعسف :

اذا رأت اللجنة أنه من المستحيل استمرار التعاون بين الطرفين فإنها تحكم على صاحب العمل المتعسف بالتعويض النقدى .

وتنص المادة (٧٤) من النظام على أن اللجنة يجب أن تراعى فى تقدير التعويض ما لحق العامل من أضرار مادية وأدبية حالة واحتمالية .

ويدخل فى هذا التقدير بالنسبة للعامل نوع العمل ومدة الخدمة وسن العامل ومقدار ما كان يتقاضاه من أجر والأعباء العائلية الملقاة على عاتقه ومدى نقص دخله من عمله الجديد عن دخله من عمله القديم ومدى التعسف فى قرار الفصل

ومدى تأثير هذا القرار فى سمعة العامل وغير ذلك من الظروف والملابسات وفقا للعدالة والعرف الجارى ، وتؤثر طبيعة العمل تأثيراً كبيراً على تحديد التعويض ، فالأعمال الفنية التى تشترط كفاءة كبيرة ومؤهلات عالية يؤدى الفصل منها الى ضرر اكبر من الفصل من غيرها نظرا لطول المدة التى يتطلبها الحصول على عمل مماثل على عكس الاعمال التى لا تتطلب خبرة خاصة أو كفاءة كبيرة فانه من الأيسر نسبيا الحصول على عمل مناسب .

وقد يكون لوقت انهاء العمل اثر كبير فى تقدير التعويض اذا كانت طبيعة العمل تفرض على العامل المفصول الانتظار مدة طويلة قبل الالتحاق بعمل آخر : فالمدرس الذى يفصل خلال العام الدراسى يكون عليه عادة أن ينتظر الى بداية العام الدراسى التالى حتى يجد عملا آخر وكذلك المدرب الرياضى الذى يفصل أثناء الموسم الرياضى فانه يضطر الى الانتظار الى بداية الموسم الجديد ليجد عملا مناسبا .

كذلك يعتد القاضى بمدة الخدمة وسن العامل فالغالب أن البحث عن عمل آخر يكون ايسر على العامل الشاب منه على العامل المسن .

ويجب أن يدخل فى تقدير القاضى الظروف المحيطة كحالة الرخاء أو الكساد العام أو الكساد الخاص بالمهنة ذاتها وذلك حتى يتناسب التعويض مع الضرر الفعلى .

ويتأثر حكم القاضى بالاعباء العائلية وبمدى الأضرار بسمعة العامل . وغير ذلك من العناصر الهامة فى تقدير التعويض .

وقد ربط النظام بين التعويض ومدى التعسف وقد يكون المقصود مدى الضرر لأن درجة التعسف لا تؤثر فى مقدار التعويض الا بمقدار ما تحدثه من ضرر فعلى مادى أو ادبى للعامل اذ ان الهدف من التعويض جبر الضرر لاعقاب رب العمل .

هذا ومن البديهى أن أى اتفاق يقضى بالاعفاء من المسئولية عن الفصل التعسفى أو يخفف منها يكون اتفاقا باطلا ولا يعتد به القضاء فى تقدير

التعويض . ولكن يجوز بعد وقوع الفصل التعسفى أن يتصالح الطرفان على مبلغ معين ولو كان فى هذا الصلح بعض التنازل من العامل لأن هذا الصلح يقتضى تنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه لحسم النزاع . وكثيرا ما يحدث فى العمل أن يتم الصلح اثناء نظر النزاع أمام اللجنة وتثبته اللجنة فى المحضر ويكون هذا صلحا قضائيا ينهى النزاع بصفة حاسمة ويعد محضر الصلح فى هذه الحالة فى قوة السند التنفيذى الذى يجوز التنفيذ به على أموال رب العمل .





الباب السادس

آثار انتهاء عقد العمل :

اذا انتهى عقد العمل انتهاءا مشروعا استحق العامل مكافأة نهاية الخدمة وشهادة نهاية الخدمة واعادة ودائعه اليه واعادته الى موطنه على نفقة رب العمل .

وقد سبق أن ذكرنا أن عقد العمل المحدد المدة ينتهى انتهاءً مشروعا بانقضاء مدته ، كما ينتهى عقد العمل غير المحدد المدة بارادة أحد الطرفين بناء على سبب مشروع ، وبعد اخطار الطرف الآخر كتابة قبل الفسخ ومنحه المهلة المحددة فى النظام (مادة ٧٣) .

وينتهى عقد العمل المحدد المدة وغير المحدد المدّة كذلك انتهاء مشروعا فى حالات القوّة القاهرة وهى الحالات المنصوص عليها فى المادة (٨٢) من النظام وهى موت العامل أو عجزه الكلى عن العمل أو انقطاعه لمدة لا تقل عن تسعين يوما متتالية أو لمدة لا تقل فى مجموعها عن مائة وعشرين يوما خلال سنة واحدة أو بوفاة صاحب العمل اذا كانت شخصيته قد روعيت فى ابرام العقد .

كذلك ينتهى عقد العمل وفقا للمادة (٨٩) إنتهاءً مشروعا بسبب التصفية أو الافلاس أو الاغلاق النهائى لمحل العمل بسبب تكليف العامل بالخدمة العسكرية ، او باستقالة العاملة بسبب الزواج أو انجاب الأولاد أو بترك العامل بسبب قوة قاهرة خارجة عن ارادته .

أما ذا وقع انهاء غير مشروع للعقد كما لو وقع الانهاء من جانب أحد الطرفين قبل انقضاء مدة العقد المحدد المدة ، أو بدون أن يكون له سبب

مشروع فى عقد العمل غير المحدد المدة ، فيحق للطرف الذى أصابه ضرر من جراء هذا الفسخ المطالبة بتعويض تقدره اللجنة المختصة بالاضافة الى ما قد يستحقه العامل من حقوق أخرى كمكافأة نهاية الخدمة وفقا لأحكام النظام .

الفصل الأول

في آثار الانتهاء المشروع لعقد العمل

يترتب على عاتق صاحب العمل ، فى حالة انتهاء عقد العمل بسبب مشروع ، أربعة التزامات :

١ ـ دفع مكافأة الخدمة للعامل .

٢ ـ تسليمه شهادة الخدمة .

٣ ـ اعادة الودائع اليه .

٤ ـ تأمين مصاريف اعادة العامل الى محل ابرام العقد أو الى بلده .

المبحث الأول : مكافأة نهاية الخدمة

ليست مكافأة نهاية الخدمة تعويضا للعامل عن انهاء عقد العمل ، ولهذا لا يشترط لاستحقاقها أن يكون العامل قد أصيب بضرر معين ، وأن يتمكن من اثبات الضرر . فحتى لو حصل العامل على هذا وقد ذهب رأى فى الفقه الى أن مكافأة نهاية الخدمة عبارة عن أجر اضافى يؤجل استحقاقه لحين انتهاء العقد . ولكن نظرا لأن منحة المكافأة تتغير وفقا للمدة التى يقضيها العامل فى العمل فانه لا يستقيم القول بأنها جزء من الأجر لعدم ثباتها . ويذهب رأى آخر الى أن مكافأة نهاية الخدمة ما هى الا تأمين للعامل ضد خطر انتهاء العقد ، بقصد

ضمان ما يسد أوده هو وذويه . وهذا ما يفسر فى نظرهم عدم خضوع المكافأة لقواعد الأجر[1] .

ولعل هذا ما اعتمدته اللجنة العليا فى الرياض عند تكييفها للمكافأة . اذ قضت بأن (مكافأة الخدمة مبلغ يستعين به العامل الى حين وجود عمل آخر ويدفع به مخاطر الحاجة والجوع)[2] .

وقد كانت المادة (١٣) من نظام العمل والعمال السابق تشترط لاستحقاق العامل مكافأة الخدمة شرطين أساسيين :

أولهما : أن يكون العامل مرتبطا بعقد عمل غير محدد المدة .

ثانيهما : أن يكون فسخ هذا العقد صادرا من جانب آخر ، أى من جانب صاحب العمل .

وتطبيقا لذلك لم يكن العامل يستحق أى مكافأة اذا كان مرتبطا بعقد عمل محدد المدة ، أو اذا كان الفسخ صادرا منه فى عقد العمل غير المحدد المدة .

وقد وسع نظام العمل الحالى من دائرة تطبيق احكامه بحيث تشمل مكافأة الخدمة عقود العمل المحددة المدة أو غير المحددة المدة ، كما تشمل الحالات التى يضطر فيها العامل على ترك العمل لأسباب خارجة عن ارادته ، أو لأسباب ترجع الى سوء معاملة صاحب العمل أو لاخلاله بالتزاماته التعاقدية ، أو لغير ذلك من الأسباب المبينة فى النظام على نحو ما سنرى تفصيلا فيما بعد .

وقد نصت المادة (٨٧) من نظام العمل الحالى على الزام صاحب العمل بدفع مكافأة الخدمة للعامل عند انتهاء مدة العقد المحدد المدة ، أو عند فسخ العقد من جانب صاحب العمل اذا كان هذا العقد غير محدد المدة .

---

(١) انظر محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٥٥٧ .

(٢) قرار اللجنة العليا رقم ٢٠٧ وتاريخ ١٣٨٦/٦/١٦ هـ .

وقد نص النظام فى المادة سالفة الذكر على الزام صاحب العمل كذلك بدفع مكافأة الخدمة للعامل ، قبل نهاية العقد أو حتى لو لم يكن الفسخ صادرا من جانبه ، فى ثلاث حالات استثنائية هى :

أولا : حالة تكليف العامل بالخدمة العسكرية .
ثانيا : حالة استقالة العاملة بسبب الزواج أو الانجاب .
ثالثا : اذا ترك العامل العمل نتيجة قوة قاهرة خارجة عن ارادته .

وبالاضافة الى ذلك فان العامل يستحق مكافأة الخدمة اذا انقضى العقد لأحد الأسباب الواردة فى المادة (٨٢) من نظام العمل ، التى تنص على انقضاء العقد بوفاة العامل أو بعجزه كليا عن اداء عمله ، أو بمرضه مرضا نتج عنه انقطاعه عن العمل لمدة لا تقل عن تسعين يوما متتالية ، أو مدّة تزيد فى مجموعها عن مائة وعشرين يوما خلال سنة واحدة ، أو بوفاة صاحب العمل فى الحالة التى تكون فيها شخصيته قد روعيت فى ابرام العقد وهى الحالات التى سبق أن عرضنا لها من قبل .

وفضلا عما تقدم فان العامل يستحق المكافأة اذا ترك العمل لسبب من الأسباب الواردة فى المادة (٨٤) والمتعلقة بالاخطاء الصادرة عن صاحب العمل والمبررة لفسخ العقد من جانب العامل بدون اخطار سابق ، ومع عدم الاخلال بحقه فى المكافأة والتعويض عما لحقه من ضرر على نحو ما ذكرنا من قبل .

وأخيرا فان العامل يستحق مكافأة الخدمة بمقتضى المادة (٨٩) من النظام اذا انتهى عقد العمل بسبب تصفية المؤسسة أو افلاسها أو الاغلاق النهائى المرخص به ، على نحو ما رأينا من قبل .

ولم يضع النظام حدا أقصى للمكافأة المذكورة ، وانما جعلها مطلقة تتناسب مع مدة خدمة العامل ، وتزيد بزيادة سنى الخدمة .

المطلب الأول

كيفية حساب مكافأة الخدمة

نصت المادة (٨٧) من النظام على أن مكافأة الخدمة (تحسب على أساس أجر نصف شهر عن كل سنة من السنوات الخمس الأولى ، واجر شهر عن كل سنة من السنوات التالية ، ويتخذ الأجر الأخير أساسا لحساب المكافأة ، ويستحق العامل مكافأة عن كسور السنة بنسبة ما قضاه منها فى العمل) .

وتحتسب مدة الخدمة من تاريخ مباشرة العمل حتى تاريخ انتهاء العقد أو انهائه أو استحالة تنفيذه .

وتدخل فى مدة الخدمة مدد الاجازات على اختلاف أنواعها ، باستثناء الاجازة بلا راتب ، كما تدخل فيها مدة الاخطار بالفسخ وكذلك تدخل فى مدة الخدمة .

مدة توقيف العامل ، اذا كان توقيفه قد جرى بتدبير من صاحب العمل أو بناء على شكوى تقدم بها الى السلطات المختصة ، بصرف النظر عن توافر سوء النية أو عدمه عند تقديم هذه الشكوى .

كذلك تحسب فى مدة الخدمة أيضا مدة انقطاع العامل عن العمل بسبب الفصل غير المشروع حتى تاريخ عودة العامل الى عمله طبقا لحكم المادة (٧٥) من النظام .

أما اذا كان سبب توقيف العامل يرجع الى سبب خارج عن ارادة صاحب العمل ولا يد له فيه ، فلا يحتسب ضمن مدة الخدمة الفعلية للعامل .

كذلك نص نظام العمل فى المادة (٨٨) منه على انه ، فى العقود غير المحددة المدة ، يستحق العامل ثلث المكافأة اذا استقال من العمل بعد خدمة لا

تقل مدتها عن سنتين متتاليتين ، وثلثيها اذا زادت مدة خدمته عن خمس سنوات كما يستحق المكافأة كاملة اذا استقال بعد عشر سنوات خدمة فأكثر ، شريطة أن يعلم صاحب العمل كتابة ، فى جميع الأحوال برغبته فى الاستقالة قبل تركه العمل بثلاثين يوما .

ومؤدى ما تقدم أن العامل الذى يستقيل من الخدمة قبل انقضاء سنتين متتاليتين على مباشرته العمل طبقا لعقد غير محدد المدة لا يستحق أية مكافأة خدمة ما لم يتفق على خلاف ذلك فى عقد العمل .

كذلك فى العقود المحدّدة المدة ، لا يستحق العامل المستقيل أية مكافأة الا اذا نص فى العقد على غير ذلك .

وقد أجازت المادة (٨٣) من النظام لصاحب العمل ، أن يفسخ العقد بدون سبق اعلان العامل وبلا مكافأة أو تعويض ، وذلك اذا توافرت احدى الحالات المبينة فى المادة المشار اليها والتى سبق أن عرضنا لها تفصيلا فيما سبق .

المطلب الثانى

تعلق حق العامل فى مكافأة الخدمة بالنظام العام

القاعدة أن أحكام نظام العمل أحكام تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها بما يضر بحقوق العامل أو ينتقص منها .

وتطبيقا لذلك يعد نص المادة (٨٧) من نظام العمل نصاً آمراً متعلقاً بالنظام العام ومن ثم يلزم صاحب العمل بدفع مكافأة الخدمة للعامل عند انتهاء عقده .

على انه اذا كان لدى المنشأة التى يعمل فيها العامل قواعد أو لائحة داخلية تتضمن منح العامل مكافأة خدمة أكثر مما قرره له النظام ، وكانت اللائحة المذكورة تنص على أن هذه المكافأة تحل محل المكافأة النظامية ، جاز

للعامل أن يختار أيها أكثر فائدة له ، ويحق له فى جميع الأحوال استرداد ما دفعه من أجوره فى صندوق الادخار فى حالة اختياره المكافأة النظامية .

كذلك يجوز للعامل أن يجمع ـ بصورة استثنائية ـ بين المكافأة النظامية والمكافأة المستحقة له بموجب اللائحة الداخلية للمنشأة ، أو حصيلته من صندوق الادخار ، اذا كانت اللائحة تنص على جواز الجمع بين المكافأتين ، أو اذا كانت لا تنص صراحة على أن المكافأة المستحقة بموجبها تحل محل المكافأة النظامية .

وتطبيقا للقواعد السابقة لا يجوز للعامل التنازل عن مكافأة الخدمة قبل استحقاقها كما لا يجوز الاتفاق على انقاصها عن الحد المقرر بمقتضى النظام باعتباره الحد الأدنى لما يستحقه العامل ، ولكن يجوز الاتفاق على قواعد أكثر فائدة بالنسبة للعامل . على نحو ما سبق أن ذكرنا .

ولكن يجوز وفقا للقواعد العامة أن يتنازل العامل عن حقه فى المطالبة بالمكافأة بعد استحقاقها وذلك عند انتهاء العقد ، كما يجوز له المصالحة عليها واجراء مخالصة بشأنها .

ولكن لا يجوز لصاحب العمل الامتناع عن دفع مكافأة الخدمة بحجة أنه كأن يدفعها للعامل فى كل سنة كمكافأة سنوية . وقد قضت اللجنة العليا بالرياض بأن (مكافأة الخدمة تستحق للعامل عند انتهاء الخدمة . ولا عبرة لما تقوله الشركة بأنها صرفت للعامل بدلا عنها مكافآت سنوية تزيد على المكافأة النظامية . ذلك أن قصد المشرّع من مكافأة نهاية الخدمة هو تأمين مبلغ من[1] المال للعامل يسد حاجته ريثما يجد عملا جديدا ، فلا يتحقق ذلك بالمكافأة السنوية) .

---

(١) أنظر قرار اللجنة العليا رقم ٦٨ وتاريخ ٢٦ /١٣٨٣/١٠ وقرارها رقم ٢٠٧ وتاريخ ١٣٨٦/٦/١٦ .

ويتمتع حق العامل فى المكافأة بامتياز عام من الدرجة الاولى على جميع أموال صاحب العمل المنقولة أو غير المنقولة وعملا بالمادة (١٥) من نظام العمل . (وفى حال افلاس صاحب العمل أو تصفية مؤسسته تسجل المكافأة ، كغيرها من المبالغ المستحقة للعامل ، كديون ممتازة ، ويدفع للعامل معجلا حصة تعادل أجرة شهر واحد ، وذلك قبل سداد أى مصروف آخر ، بما فى ذلك المصروفات القضائية ، ومصروفات التفليسة أو التصفية) .

المبحث الثاني : شهادة الخدمة وإعادة الودائع

يحق للعامل أن يحصل من صاحب العمل ، بمقتضى المادة (٨٦) من نظام العمل ، بدون مقابل على شهادة خدمة ، وذلك فى حال انهاء خدمته أو انتهائها . وتتضمن هذه الشهادة تحديد المدة التى قضاها العامل فى خدمة صاحب العمل ومرتبه ، والامتيازات التى كان يتقاضاها . واذا اشتملت على ما قد يسىء الى سمعة العامل أو يقلل فى فرص العمل أمامه ، فيجب على صاحب العمل أن يبين سبب ذلك .

ويجوز للعامل المطالبة بالزام صاحب العمل باعطائه شهادة خدمة فى حال امتناعه عن ذلك . وقد قضى بأنه يجوز الحكم بالزام صاحب العمل بدفع تعويض للعامل بسبب امتناعه عن تنفيذ هذا الالتزام النظامى ، كما يجوز الحكم عليه بغرامة جزائية طبقا لحكم المادة (٢٠٧) من نظام العمل .

كذلك توجب المادة (٨٦) من نظام العمل على صاحب العمل أن يعيد الى العامل عند انتهاء العقد أو انهائه ، جميع ما اودعه لديه ، سواء كان ذلك أموالا منقولة أو شهادات أو مستندات .

المبحث الثالث : تأمين مصاريف عودة العامل

يلزم صاحب العمل ، بمقتضى المادة (٨٥) من نظام العمل ، بمصروفات اعادة العامل الى الجهة التى أبرم فيها العقد أو استقدم منها ، خلال المدة التى يحددها مكتب العمل المختص وذلك بعد انتهاء العقد لأحد الأسباب المبنية فى المواد (٨٢) و (٨٣) و ((٨٤) من النظام أو فى حال انتهاء العمل .

ويعفى صاحب العمل من هذا الالتزام اذا كان العامل قد باشر عملا آخر فى مكان عمله الأخير ، أو اذا انقطع عن العمل قبل انتهاء مدته لغير سبب مشروع أو اذا أقر كتابة أمام مكتب العمل المختص بعدم رغبته فى العودة الى مكان ابرام العقد أو مكان استقدامه .

واذا لم يقم صاحب العمل بتأمين مصروفات اعادة العامل ، وجب على الجهات الادارية المختصة ، بناء على طلب مدير مكتب العمل ، ترحيل العامل فورا والرجوع بالمصروفات على صاحب العمل . ويجوز لمكتب العمل المختص اعفاء صاحب العمل ـ بناء على طلبه ـ من هذا الالتزام فى حال فصل العامل تأديبيا وفقا للمادة (٨٣) من النظام مع مراعاة الظروف التى احاطت بفصل العامل .

ويجوز للعامل أن يطلب من اللجنة المختصة الحكم على صاحب العمل بمصروفات اعادته الى بلده الأصلى أو الى مكان ابرام العقد ، ليتمكن بذلك من تحصيل تلك المصروفات عن طريق الجهة الادارية التى تقوم بتنفيذ الأحكام القضائية فى المملكة .

ويلتزم رب العمل كذلك بنفقات جثة العامل عند وفاته أثناء العمل الى الجهة التى ابرم فيها العقد .

الفصل الثانى

في آثار الإنهاء غير المشروع لعقد العمل

يترتب على الانهاء غير المشروع لعقد العمل فيما يلى :

١ ـ أن يكون للطرف الذى أصابه ضرر من جراء فسخ العقد لغير سبب مشروع الحق فى تعويض تقدره اللجنة المختصة ، بالاضافة الى حقوقه النظاميّة الأخرى .

٢ ـ أن يكون للعامل الذى يفصل من عمله بغير سبب مشروع الحق فى المطالبة بوقف تنفيذ هذا الفصل وباعادته الى العمل .

المبحث الأول : التعويض عن الإنهاء غير المشروع لعقد العمل

تنص المادة (٧٤) من نظام العمل على انه (اذا فسخ العقد لغير سبب مشروع كان للطرف الذى أصابه ضرر من هذا الفسخ الحق فى تعويض تقدره اللجنة المختصة ، على أن يراعى فيه ما لحقه من اضرار مادية وأدبية ، حالية واحتمالية .

وهذا النص يتطبق على عقود العمل المحددة المدة وعقود العمل غير المحددة المدة على السواء ، لوروده مطلقا . وسنتولى درس موضوع التعويض فى كل من الحالتين على حدة .

ويقع باطلا كل شرط مسبق يعفى من التعويض عن الفسخ بغير سبب مشروع ، لأن هذا الشرط مخالف للنظام العام وذلك تطبيقا للقواعد العامة .

أولا : تعويض عن الانهاء بغير سبب مشروع للعقد المحدد المدة :

نصت المادة (٧٢) من نظام العمل على أن عقد العمل المحدد المدة ينتهى بانقضاء مدته أو بانجاز العمل المتفق عليه . ولكن اذا لجأ صاحب العمل الى فصل العامل قبل انتهاء المدة بغير سبب مشروع وبدون أن يرتكب هذا الأخير خطأ من الأخطاء الخطيرة المبينة فى المادة (٨٣) من نظام العمل ، أو اذا لجأ العامل بمحض ارادته الى ترك العمل قبل انقضاء مدة العقد فى غير الحالات المبينة فى المادة (٨٤) من النظام ، فإن هذا الإنهاء يعتبر انهاء غير مشروع أو سابقا لأوانه ومستوجبا مسئولية من قام به على خلاف أحكام النظام .

والواقع أن الإنهاء غير المشروع يعتبر اخلالا خطيرا بالالتزامات التعاقدية المترتبة على عقد العمل المحدد المدة ، الأمر الذى يوجب الزام الطرف الذى أنهى العقد بأن يدفع للطرف الآخر تعويضا عن الضرر المترتب على ذلك .

وقد القت الفقرة (٤) من المادة (٧٥) من النظام عبء اثبات مشروعية سبب الأنهاء على عاتق الطرف الذى أنهى العقد . وتتولى اللجنة المختصة تقدير مدى مشروعية هذا السبب . ويجب كقاعدة عامة اعمال الشرط الجزائى الذى يتضمنه العقد أو اتفاق الطرفين ، وعلى ذلك يلزم الطرف الذى انهى العقد بالتعويض المتفق عليه اذا كان الانهاء بغير سبب مشروع فى عقد محدد المدة قبل الموعد المحدد فى العقد فاذا كان التعويض الاتفاقى مبالغا فيه جاز للجنة تعديل مقداره وفقا لظروف الدعوى وملابساتها ومقدار الضرر الفعلى الذى ترتب على انهاء العقد قبل موعده .

ثانيا : التعويض عن الانهاء غير المشروع لعقد العمل غير المحدد المدة :

تتولى اللجنة المختصة وفقا للقواعد العامة تقدير التعويض عن الانهاء غير المشروع لعقد العمل غير محدد المدة وذلك وفقا لأحكام المادة (٧٤) من النظام التى سبقت الاشارة اليها . وتقدر اللجنة التعويض على أساس ما أصاب الطرف الآخر من ضرر فعلى وفقا للقواعد التى سبق ان أشرنا اليها .

اذا كان انهاء صاحب العمل لعقد العمل غير محدد المدة تعسفيا ، فان التنفيذ العينى بمعنى الزام صاحب العمل باعادة العامل قد يكون غير عملى لأنه قد يؤدى الى اثارة المتاعب وعدم ضمان حسن سير العمل بعد ذلك . وان كنا قد رأينا فى بعض الصور التى استعرضناها كحالات للفصل التعسفى فى نظر المشرع ، أن للقاضى الحكم باعادة العامل المفصول .

لذلك فان الأمر ينتهى فى اغلب الأحوال الى الحكم للعامل بتعويض نقدى .

ولم يوضح المشرع فى نصوص النظام الأسس التى يقوم عليها تقدير التعويض فى هذه الحالة .

ولكن تقضى القواعد العامة أن الحكم بالتعويض الذى تقدره اللجنة المختصة يدخل فى اعتباره مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف الجارى والظروف الأخرى المحيطة بالدعوى وبالعامل .

والتعويض يقابل الضرر الذى أصاب العامل ، سواء كان ذلك الضرر ماديا أم أدبيا . ولكن يشترط أن يكون الضرر فعليا . فالمقصود هو تعويض عن الضرر وليس المقصود معاقبة صاحب العمل ، فالتعويض ليس عقوبة ولذلك فاننا نعتقد أن المشرع لم يقصد أن يدخل حسابه التعسف ودرجته كعنصر من عناصر التعويض وان كان ظاهر النص يوحى بذلك وتطبيقا لما تقدم فاذا كان العامل قد التحق فعلا اثناء نظر الدعوى بعمل جديد فان تحديد الضرر الذى وقع عليه من الفصل ، يصبح سهل التقدير ، لأن مدة التعطل سيتمكن القاضى من تحديدها بيسر وسهولة .

ولكن يصعب التقدير اذا كان العامل ما زال متعطلا ، اذ هنا سيقوم تقدير الضرر على أساس احتمالى ، فيقدر القاضى المدة التى يقتنع بأن العامل سيظل خلالها دون عمل ، وهو قطعا يرجع فى ذلك الى نوع العمل الذى يمارسه العامل والمرتب الذى كان يتقاضاه فى عمله الأول ، والطلب على مثل هذا العمل . كما ان القاضى يأخذ فى الاعتبار كذلك اقدمية العامل السابقة على فصله ، إذ كلما

زادت تلك الأقدمية كلما كان العامل مستقرا نفسيا ولا يخطر بباله أنه سيفصل دون مبرر . هذا بالاضافة الى العوامل الأخرى التى سبقت الإشارة اليها كسن العامل ومقدار كفاءته وغيرها . ولا شك أنه بالرغم من أن المسئولية عن الفصل التعسفى مسئولية عقدية وأن التعويض الذى يحكم به القاضى ناتج عن التزام عقدى فان مبلغ التعويض لا يعد أجرا ولا تسرى عليه القواعد والضمانات الخاصة بالأجر .

المبحث الثاني : في وقف تنفيذ قرار الفصل

نصت المادة (٧٥) من نظام العمل على أنه يجوز للعامل أن يطلب وقف تنفيذ الفصل اذا كان بغير سبب مشروع ، وذلك بدلا من اللجوء الى المطالبة بالتعويض النقدى . وهذا الحق مقرر للعامل وحده ، سواء كان عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة .

ووقف تنفيذ قرار الفصل مسألة وقتية ، لحين الفصل فى الدعوى الموضوعية المتعلقة بالانهاء التعسفى وبالتعويض عنه .

ولما كانت الحكمة من وقف التنفيذ هى اغاثة العامل المفصول ورفع الحرج عنه ، فقد وضع المشرع اجراءات عاجلة ومددا قصيرة للفصل فى مسألة وقف التنفيذ .

وتبدأ اجراءات وقف التنفيذ بطلب يقدم من العامل الى مدير مكتب العمل الذى يقع فى دائرته محل العمل ، وذلك خلال مدة لا تتجاوز اسبوعين من تاريخ اخطار صاحب العمل له ، ويتخذ مدير مكتب العمل الاجراءات اللازمة لتسوية النزاع وديا . فاذا لم تتم التسوية تعين على مدير المكتب احالة الطلب خلال مدة لا تتجاوز اسبوعا من تاريخ تقديمه الى اللجنة المختصة التى تقع فى منطقة محل العمل مشفوعا بمذكرة من خمس نسخ تتضمن ملخصا للنزاع وحجج الطرفين وملاحظات مكتب العمل وتوصياته التى يراها لانهاء النزاع .

وواضح من الاجراءات والمدد المتقدمة ، أن المشرع قد أراد أن يتحقق من ناحية من أن العامل قد تأثر بفسخ العقد ويستدل على ذلك من سرعة تقديمه لطلب اعادته الى عمله لمدير مكتب العمل .

وقد هدف المشرع الى حل المنازعات العمالية وديا قدر الامكان . ومن الجدير بالذكر أن الميعاد الذى يجب على مدير مكتب العمل محاولة التوفيق خلاله وتحويل الأوراق الى اللجنة ، ميعاد واجب الاحترام اداريا ، ومخالفته لا تعنى سقوط حق العامل فى الوصول الى عرض النزاع على اللجنة ، بل كل ما تؤدى اليه لا يعدو المساءلة الادارية لمدير مكتب العمل عن اهماله فى احترام ذلك الميعاد .

وبوصول الطلب محالا من مدير مكتب العمل الى اللجنة تبدأ المرحلة الثانية طلب وقف التنفيذ ويخطر كل من صاحب العمل والعامل ومدير مكتب العمل بموعد الجلسة ويرفق الاخطار بصورة من مذكرة مكتب العمل .

وعلى اللجنة أن تفصل فى طلب وقف التنفيذ فى مدة لا تتجاوز اسبوعين ويكون حكمها فى ذلك نهائيا . فاذا اوقف التنفيذ ألزم صاحب العمل فى الوقت ذاته بأداء اجر العامل اليه من تاريخ فصله .

واللجنة عند نظر طلب وقف تنفيذ قرار الفصل ، لا تنظر فى موضوع الفصل بتعمق وانما يكتفى فى ذلك باستخلاص ما يرجع من ظاهر ، الأوراق من مشروعية الفصل أو عدم مشروعيته .

المبحث الثالث : الحكم باعادة العامل إلى العمل

سبق أن ذكرنا أن قرار اللجنة فى طلب وقف تنفيذ الفصل قرار وقتى يقصد به المحافظة على حقوق العامل ريثما يفصل فى موضوع النزاع .

ولا يجوز الطعن فى هذا القرار الوقتى ويعد قرارا نهائيا بمقتضى نص المادة

(٧٥) من النظام .

واذا أمرت اللجنة بوقف قرار الفصل ، وجب على صاحب العمل أن يؤدى الى العامل فورا مبلغا يعادل أجره من تاريخ فصله حتى تاريخ صدور القرار المذكور .

ولصاحب العمل بعد ذلك أن يعيد العامل الى عمله ، خلال اسبوع على الأكثر مع دفع أجوره المتأخرة ويعتبر النزاع منتهيا . ويثبت ذلك بمحضر أمام رئيس اللجنة الابتدائية يوقع عليه كل من صاحب العمل والعامل ، ويصادق عليه رئيس اللجنة ، ويكون لهذا المحضر حجية القرارات التى تصدرها اللجنة .

اذا انقضى اسبوع من تاريخ صدور قرار وقف التنفيذ دون أن يقوم صاحب العمل باعادة العامل الى الخدمة ، فانه يتعين على اللجنة الابتدائية ذاتها أن تفصل فى أصل الموضوع خلال مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ صدور قرار وقف التنفيذ .

ويحق للعامل اذا رفض طلبه المستعجل أن يقوم برفع الدعوى أمام اللجنة الابتدائية بطلب التعويض النقدى أو اعادته الى العمل وفقا للأصول العادية .

وتنظر دعوى الموضوع أمام اللجنة الابتدائية التى لا تكون مقيدة بقرار وقف تنفيذ الفصل ، باعتباره اجراء وقتياً لا يتمتع بحجية الأمر المحكوم به ، ويكون للجنة بعد سماع أقوال الطرفين مجددا والتحقيق فى الدعوى أن تختار بين احد أمرين :

أولهما : الحكم باعادة العامل الى عمله مع دفع أجوره المستحقة .

ثانيهما : الحكم بالزام صاحب العمل بدفع تعويض للعامل عما لحق به من ضرر من جراء الفصل طبقا للمادة (٧٤) من نظام العمل ، وذلك بالاضافة الى حقوقه النظامية .

ويكون قرار اللجنة الابتدائية فى موضوع الفصل ابتدائيا ، فيجوز بالتالى الطعن فيه ، بطريق الاستئناف ، أمام اللجنة العليا ، وذلك خلال المدة المحددة فى المادة (١٨٠) من نظام العمل ، أى خلال ثلاثين يوما من تبليغ صورة القرار

الابتدائى الى الطرف المحكوم عليه .

واذا لم يستأنف قرار اللجنة الابتدائية ، خلال المدة المذكورة ، أصبح نهائيا واجب التنفيذ ، أما اذا استؤنف وأصدرت اللجنة العليا قرارها فى موضوع النزاع المعروض أمامها ، فان هذا القرار يكون نهائيا وواجب التنفيذ فور تبليغه الى الخصوم عملا بالمادتين (١٧٦) و (١٨٢) من نظام العمل .

والأصل أن الحكم باعادة العامل الى عمله أمر جوازى ، يعود تقديره الى اللجنة المختصة بالنظر فى موضوع النزاع . ولكن هذا الحكم يصبح وجوبيا بمقتضى احكام النظام فى اربع حالات هى :

أولا : اذا جاء الفصل لاحقا لمطالبة العامل بحقوق مشروعة له ، كأن يطالب العامل صاحب العمل بدفع أجوره المتأخرة ، أو بمنحه اجازته السنوية المستحقة له أو غير ذلك من حقوقه المشروعة . (م ٧٥) .

ثانيا : اذا كان الفصل بسبب رفض العامل تنفيذ أمر نقله من مكان عمله الأصلى الى مكان آخر ، وكان هذا النقل بغير سبب مشروع تقتضيه مصلحة العمل ، أو كان من شأنه الحاق ضرر جسيم بالعامل . (م ٧٥) .

ثالثا : اذا فصل العامل خلال فترة المرض . (م ٨٢) .

رابعا : اذا فصلت العاملة اثناء فترة مرضها الناتج عن العمل أو الوضع ، بشرط أن يثبت هذا المرض بشهادة طبية معتمدة ، على أن لا تتجاوز مدة غيابها الستة أشهر ، أو اذا وقع الفصل خلال الأشهر الستة السابقة على التاريخ المتوقع للولادة ، الا اذا كان الفصل فى الحالة الأخيرة مستندا الى سبب مشروع من الأسباب المنصوص عليها فى النظام .

ويجوز لصاحب العمل ، فى أية مرحلة كانت عليها دعوى الموضوع ، أن يتفادى الحكم عليه بالتعويض عن الفصل غير المشروع اذا قبل باعادة العامل إلى عمله ودفع أجوره المستحقة حتى ذلك التاريخ بشرط أن يتم ذلك قبل الحكم النهائى فى الدعوى .

وتقضى اللجان المختصّة بتسوية الخلافات العمالية بالتعويض النقدى فى

الحالات التى يصعب فيها استمرار التعاون بين العامل وصاحب العمل بعد وقوع الفسخ ، كما تقضى - فى الأحوال الأخرى - بالتعويض العينى أى باعادة العامل الى عمله ، عندما يكون صاحب العمل منشأة كبرى لا يؤثر عليها رجوع العامل الى عمله السابق ، وخاصة اذا كان الخطأ المسند الى العامل المفصول تافها أو يسيرا بحيث لا يستوجب فصله من عمله وحرمانه من مورد رزقه الأساسى .

وهذا الحل الذى تأخذ به تلك اللجان كان يستند الى قرار مجلس الوزراء رقم ٦٨٣ تاريخ ٢٥ /١٣٨٣/٩ هـ . الذى أجاز لها فى حال ثبوت الفصل التعسفى أن تحكم إمّا باعادة العامل الى عمله أو بتعويض مناسب له ، كما أنه مستمد من القاعدة الشرعية (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) وهى مأخوذة عن الحديث النبوى الشريف (لا ضرر ولا ضرار) .

وأخيرا لا بد من الإشارة الى انه لا يكفى للحكم بالتعويض أن يثبت العامل أنه فصل من عمله بغير سبب مشروع ، وانما يجب أن يثبت أن ثمة ضررا لحق به من جراء هذا الفصل على نحو ما ذكرنا .

وتعتبر المواعيد المحددة لإحالة طلب وقف تنفيذ الفصل أو لإصدار قرار الوقف أو الحكم بالتعويض مواعيد تنظيمية تهدف الى التعجيل بالفصل بالطلب أو فى الدعوى ومن ثم فلا يترتب على عدم مراعاتها أو اغفالها بطلان الاجراءات أو بطلان الحكم الصادر فى هذا الموضوع ، وذلك لعدم تعلقها بالنظام العام .

ولكن يجب فى جميع الاحوال على العامل أن يرفع دعواه فى المواعيد المقررة نظاما .

وقد نص النظام فى المادة (١٣) منه على أنه (لا يجوز النظر فى أية شكوى أمام أى لجنة عن المخالفات التى تقع ضد أحكام هذا النظام أو اللوائح والقرارات والأوامر الصادرة بمقتضاه بعد مضى اثنى عشر شهرا من تاريخ وقوع المخالفة ولا يجوز النظر فى أية دعوى أو مطالبة متعلقة بأى حق من الحقوق المنصوص عليها فى هذا النظام بعد مضى اثنى عشر شهرا من تاريخ انتهاء العقد .) .



الجزء الرابع

نظام التأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية

الباب الأول : إقليمية تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية

الباب الثاني : دور المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية في تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية .

الباب الثالث : تحديد إصابات العمل وأمراض المهنة الخاضعة للنظام

الباب الرابع : التعويضات المستحقة للعمال أو ورثتهم .

الباب الخامس : المعاشات في حالات الشيخوخة والعجز والوفاة .

الباب السادس : الجزاءات المقررة لمخالفة أحكام النظام .



الباب الأول

إقليمية تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية

الفصل الأول

تعريف التأمينات الاجتماعية وتمييزها عن الضمان الاجتماعي

يواجه نظام التأمينات الاجتماعية أخطار العمل ويستهدف بصفة أساسية تعويض العامل عن الأضرار التى تحيق به نتيجة عدم قدرته على العمل بسبب مرض أو اصابة أو عجز أو شيخوخة .

كما يستهدف النظام كذلك تعويض أفراد عائلة العامل الذى يتوفى اثناء العمل اذا كان يعول هؤلاء الأفراد حال حياته .

والواقع أن حاجة الإنسان للرعاية فى حالات العجز والشيخوخة والاصابة وأمراض المهنة ، كما أن حاجة اسرته للرعاية عند وفاته هى الشغل الشاغل للمجتمعات الإنسانيّة منذ القدم ، وقد نجح الانسان أخيرا فى التماس حلول لهذه الحاجة فى المجتمعات الحديثة .

وتستهدف نظم التأمينات بمجملها ، قيام الدولة بكفالة كل فرد من مواطنيها بما يمكنه من الاحتفاظ بمستوى لائق ومقبول لمعيشته ومن يعولهم من افراد اسرته .

وتهدف نظم الضمان الاجتماعى الى مواجهة الأخطار التى يتعرض لها الانسان فى الحياة التى يعيشها ، سواء بوقايته من هذه المخاطر أو بتعويضه عن الأضرار الناجمة عنها ، وقد اقرت الجمعية العمومية للامم المتحدة الاعلان العالمى لحقوق الانسان بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ م ، نصت المادة (٢٢) منه على ان (كل شخص باعتباره عضوا فى المجتمع له حق فى الضمان الاجتماعى ، وله حق الحصول على اشباع لحاجاته الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التى لا غنى عنها لكرامته وللتطور الحر لشخصيته وذلك بفضل المجهود الوطنى والتعاون الدولى مع مراعاة ظروف كل دولة ومصادرها) .

أما التأمينات الاجتماعية فهى نظام عمالى بحت يستهدف الضمان الاجتماعى لطائفة العمال دون سواها .

ويتم توفير هذا الضمان عن طريق اشتراكات يقوم العمال بدفعها الى الهيئة القائمة على التأمينات الاجتماعية ويشاركهم فى دفعها أصحاب الاعمال .

وقد اصبحت التأمينات الاجتماعية فى الوقت الحالى جزأ من ايديولوجيات القرن العشرين وضرورة لا غنى عنها بالنسبة الى أمن دولة من الدول .

ويبين من ذلك أن التأمينات الاجتماعية وسيلة من وسائل الضمان الاجتماعى للعمال تهدف الى كفالة الحياة المستقرة للطبقة العاملة .

واذا كانت التأمينات الاجتماعية تهدف الى مواجهة وتغطية الأخطار الاجتماعية للطبقة العاملة فهى تتميز عن التأمين العادى مثل التأمين على الحياة والتأمين ضد حوادث السيارات والتأمين ضد الحريق .

والمخاطر التى يتعرض لها العامل فى حياته المهنية هى :

١ ـ الاصابات الناجمة عن حوادث العمل .

٢ ـ أمراض المهنة .

٣ ـ البطالة .

كذلك يتعرض العامل واسرته لمجموعة أخرى من المخاطر الاجتماعية العادية هى :

١ ـ المرض والعجز غير الناشئين عن المهنة .

٢ ـ الشيخوخة .

٣ ـ وفاة رب العائلة .

وهذه المخاطر وان كانت لا تقتصر على العمال وأسرهم ، الا أنها تعتبر ذات خطورة خاصة بالنسبة لهم نظرا لظروفهم الاجتماعية والاقتصادية . فالطوائف الأخرى من الأفراد تستطيع أن تواجه المخاطر بأموال ادخروها أو ورثوها ، أو بالقيام بالتأمين ضدها تأمينا عاديا ، أما الطبقات العاملة فهى عاجزة بوجه عام عن مواجهة هذه المخاطر .

والتأمينات الاجتماعية تقدم لذلك الحل المثالى لمشكلة المخاطر التى تهدد العامل ، ويمكن توزيع جانب الأعباء المالية التى تترتب على هذه المخاطر على مجموع العمال والمستخدمين وتسهم الدولة عن طريق اعاناتها فى دعم امكانيات تأمين العمال كما تلزم أرباب الأعمال بتقديم حصة فيها .

والتأمين المقصود هنا يجب أن يكون إجبارياً وهو ما تأخذ به جميع التشريعات التى نظمت هذا النوع من التأمين واصدرت قوانين أو أنظمة تكفل فرضه وتطبيقه وتختلف انظمة الدول بشأن ما تفرضه على ارباب الأعمال من نسب فى اشتراكات التأمينات الاجتماعية وفيما تدفعه الدولة كاعانات حسب مجموعة من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسيّة والفلسفية .

الفصل الثاني :

القواعد التشريعيّة لنظام التأمينات الاجتماعية السعودي

صدر نظام التأمينات الإجتماعية فى المملكة العربية السعودية بعد أن وافق

عليه مجلس الوزراء بالقرار رقم ٧٤٦ وتاريخ ١٣٨٩/٨/٢٤/٢٣ هـ . والذى توج بالمرسوم الملكى الكريم رقم ٢٢ وتاريخ ١٣٨٩/٩/٦ هـ .

وكان نظام التأمينات الاجتماعية السابق على النظام الحالى قد صدر سنة ١٣٦٨ هـ . فى ظل نظام العمل والعمال الصادر سنة ١٣٦٦ هـ . وكان عبارة عن نظام اختيارى للتأمينات الاجتماعية يتعلق بالتعويضات بالنسبة الى عمال المقاولين ، وقد ترتب عليه انشاء صندوق للتعويضات يتولى صرف التعويضات المستحقة للعمال عن اصابات العمل ، ولكن استمر الإنضمام الى هذا الصندوق اختياريا بالنسبة الى اصحاب الاعمال .

وقد قسم نظام التأمينات الاجتماعية السعودى الى ثمانية فصول هى :

الفصل الأول : ويتناول احكاما عامة ويتضمن أحكام المواد (١) و (٢) و (٣) التى حددت سريان النظام على العمال المأجورين وتحديد معانى المصطلحات الواردة فيه واجازة منح تراخيص لانشاء مؤسسات خاصة تكفل منافع اضافية للعمال .

الفصل الثانى : ويتضمن نطاق تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية فى المواد (٤) و (٥) و (٦) و (٧) و (٨) التى وضعت القواعد العامة بشأن سريان النظام على العمال وتحديد الطوائف المستثناة منه مع الاشارة الى تطبيق النظام على مراحل .

الفصل الثالث : يشمل التنظيم الادارى للتأمينات الاجتماعية ويحتوى المواد من (٩) الى (١٦) ويتعلق بتكوين واختصاصات المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ولجنة المراقبة والصلاحيات الادارية الخاصة بأجهزة المؤسسة ومديرها العام .

الفصل الرابع : ويتناول الموارد المالية والتنظيم المالى للتأمينات الاجتماعية فى المواد من (١٧) الى (٢٦) .

الفصل الخامس : ويتضمن قواعد التعويضات ، ويشمل المواد من (٢٧) الى (٥٢) الى الثانية والخمسين .

وينقسم هذا الفصل بدوره الى ثلاثة اقسام ، وقد خصص القسم الاول لفرع الاخطار المهنية الذى يتضمن المواد من (٢٧) الى (٣٧) ويتناول القسم الثانى تعويضات ، فرع المعاشات ويشمل المواد من (٣٨) الى (٤٣) أما القسم الثالث فيتناول احكاما مشتركة بين جميع التعويضات ويشمل المواد من (٤٤) الى (٥٢) .

الفصل السادس : يتضمن أحكاما مختلفة فى المواد من (٥٣) الى (٥٨) ويتعلق هذا الفصل أساسا باجراءات وأساليب سير العمل وكيفية قيام المؤسسة وأصحاب الاعمال بالتزاماتهم وفقا لاحكام النظام بالاضافة الى بعض الاحكام الأخرى .

الفصل السابع : ويشمل العقوبات فى المادتين (٥٩) و (٦٠) .

الفصل الثامن : ويتضمن أحكاما انتقالية وختامية فى المواد من (٦١) الى (٦٥) .

وقد اصدر مجلس الوزراء تطبيقا لاحكام النظام القرارين الآتيين :

١ ـ قرار مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ وتاريخ ١٣٨٩/١١/٢١ هـ . بالموافقة على جدول الأمراض المهنية .

٢ ـ قرار مجلس الوزراء رقم ٥٤٥ وتاريخ ١٣٩٠/٦/٨ هـ . بالموافقة على لائحة الجدول الدليل للنسب المئوية .

وقد صدرت اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية متضمنة احكاما تمهيدية والاحكام الخاصة بتسجيل أصحاب الاعمال والعمال ، وقواعد تحديد اشتراكات التأمين واجراءات تحصيل الاشتراكات .

كما صدرت فى شأن تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية قرارات وزارة العمل والشؤون الاجتماعية الآتية أهمها :

١ ـ القرار رقم (١) تأمينات وتاريخ ١٣٩٢/٩/١١ هـ . بشأن قواعد تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على العمال الدائمين فى المنشآت التى يعمل بها عادة مائة عامل فاكثر فى جميع انحاء المملكة اعتبارا من غرة محرم ١٣٩٣ هـ .

٢ ـ القرار رقم (٢) تأمينات وتاريخ ١٣٩٢/٩/١١ هـ . باصدار اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية فيما يتعلق بتسجيل اصحاب الاعمال والعمال ، وتحديد وتحصيل اشتراكات التأمين ، وحصر المنشآت والتفتيش ، وأصول تقديم الاعتراضات على القرارات الصادرة واجراءات النظر فيها .

٣ ـ القرار رقم (٣) تأمينات وتاريخ ١٣٩٣/١/٢٤ هـ . بشأن تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على العمال المؤقتين والموسميين بالمنشآت التى يعمل بها عادة مائة عامل فأكثر .

٤ ـ القرار رقم (٤) تأمينات وتاريخ ١٣٩٣/١/٢٤ هـ . بشأن تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على العاملين بمنشآت يعمل بها عادة خمسون عاملا فاكثر .

٥ ـ القرار رقم (٥) تأمينات وتاريخ ١٣٩٣/١/٢٤ هـ . بشأن تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على عمال المؤسسات العامة الخاضعين لنظام العمل .

٦ ـ القرار رقم (٦) تأمينات وتاريخ ١٣٩٣/١/٢٤ هـ . بتفويض مدير عام المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية صلاحية اعتبار فروع منشآت صاحب العمل وحدة واحدة فى تعاملها مع المؤسسة .

٧ ـ القرار رقم (٧) تأمينات وتاريخ ١٣٩٣/١/٢٤ هـ . بالترخيص للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية فى قبول التعامل مع المنشآت التى تتبع التقويم الميلادى على اساس هذا التقويم .

٨ ـ القرار رقم (٨) تأمينات وتاريخ ١٣٩٣/٦/١٦ هـ . بتعديل المادة (٤) من اللائحة التنفيذية بتفويض المدير العام فى عمل نماذج التطبيق .

واضافة فقرة الى المادة (٣٣) من اللائحة بتفويض المدير العام فى قبول حساب وأداء الاشتراكات على أساس الأجور الفعلية فى بعض الحالات .

وتعديل المادة ٣٥ من اللائحة بتقريب اشتراك كل عامل فى حصة التأمينات (حصة صاحب العمل وحصة العامل) واضافة فقرة بتفويض المدير

العام فى التجاوز عن فروق الاشتراكات فى حدود خمسة ريالات .

وتعديل المادة (٣٧) من اللائحة بقبول الاشتراكات بدون اضافة فى اول يوم عمل بعد الاجازة الرسمية واضافة فقرة بتحديد تاريخ سداد الشيكات الواردة بالبريد فى حالة عدم وضوح خاتم البريد .

٩ ـ القرار رقم (٩) تأمينات وتاريخ ١٣٩٣/٩/١٦ هـ . بأثر اسناد بعض الاعمال لمقاولين من الباطن فى الخضوع للنظام .

١٠ ـ القرار رقم ١٠/تأمينات وتاريخ ١٣٩٣/٨/٩ هـ . بشأن تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على عمال الأجهزة الحكومية الخاضعين لنظام العمل اعتبارا من غرة شوال ١٣٩٣ هـ .

كذلك اصدر مدير عام المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية عدة قرارات تتعلق بتطبيق أحكام النظام ومن أهم هذه القرارات ما يتعلق بالنماذج المستعملة فى تنفيذ النظام وما يتعلق بقواعد واجراء تطبيق النظام على عمال المؤسسات العامة الحكومية والأجهزة الحكومية وما يتعلق بكيفية تسوية المبالغ التى يدفعها أصحاب الأعمال بالزيادة الى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

أولا : النماذج المستعملة فى تنفيذ النظام :

١ ـ تحديد النماذج .

٢ ـ اجراءات الترخيص لاصحاب الاعمال بطبع نماذج المؤسسة .

٣ ـ تنظيم عملية بيع نماذج التأمينات .

٤ ـ الشهادات التى تثبت تسجيل صاحب العمل فى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية وقيامه بجميع التزاماته تجاهها .

٥ ـ البيان الذى يعطى للمؤمن عليهم والمستحقين عنهم عن مدد اشتراكهم فى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

ثانيا : قواعد واجراءات تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على عمال المؤسسات العامة الحكومية والأجهزة الحكومية الخاضعين لنظام العمل .

١ ـ عمال المؤسسات العامة الحكومية الخاضعون لنظام العمل .

٢ ـ عمال الأجهزة الحكومية الخاضعون لنظام العمل .

ثالثا : كيفية تسوية المبالغ التى يدفعها أصحاب الأعمال بالزيادة الى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية :

وتتكون من ستة بنود تتعلق بما ينبغى عمله اذا تبين صاحب العمل أنه سدد للمؤسسة بالزيادة ما يجاوز الاشتراكات المقررة .

الفصل الثالث

نطاق تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية

سبق أن ذكرنا أن نظام التأمينات الاجتماعية نظام عمالى بحث وأنه يهدف الى اسباغ الحماية الاقتصادية والاجتماعية على العمال المخاطبين باحكامه .

ونظرا لأن نظام التأمينات الاجتماعية يتعلق بالنظام العام ، وانه نظام اقليمى فإن الأصل أن تطبيقه لا يتأثر بجنسية العامل طالما أنه يؤدى العمل بصفة رئيسية على اقليم الدولة .

المبحث الأول : تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية من حيث الاشخاص

الأصل أن يسرى نظام التأمينات الاجتماعية على جميع العمال عدا الفئات المستثناة وهذا ما تضمنه حكم المادة (١) من النظام التى نصت على تطبيقه على (العمال المأجورين) واذا كان نظام التأمينات الاجتماعية نظاما عماليا بحتا فإنه من البديهى أن يكون هناك تساؤل عما اذا كان نظام التأمينات الاجتماعية يسرى على كل من ينطبق عليه وصف العامل طبقا لنظام العمل والعمال .

والواقع أنه وان كان نظام التأمينات الاجتماعية لا يغطى كل العمال الذين ينطبق عليهم هذا الوصف وفقا لنظام العمل والعمال الا أن الارتباط الشديد بين النظامين أكده سريانهما بوجه عام على العمال وان اختلف مجال تطبيقهما فى بعض الأحيان كما سنرى فيما بعد .

ونتيجة لذلك كان طبيعيا أن يصدر النظامان فى تاريخ واحد فى ١٣٨٩/٩/٦ هـ . وان يعمل بهما فى نفس الوقت ، ولقد كان طبيعيا أن يرتبط تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على الأقل فى المراحل الأولى لتطبيقه بوجود نوع من الاستقرار .

فى علاقة العمل بين اصحاب الاعمال والعمال ذلك الاستقرار الذى يكفل القدرة على استمرار سداد الاشتراكات التى يوجب النظام الوفاء بها . ويقصد بالعامل فى نطاق تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية كل من يرتبط بصاحب العمل بموجب عقد عمل أيا كان نوع العمل وسواء أكان عملا فنيا أو عقليا أو يدويا وأيا كان الأجر عاليا أو منخفضا نقديا أو عينيا أو مختلطا وأيا كانت طريقة ووقت سداده والوفاء به .

ويسرى النظام كذلك على العمال المتدرجين أى العمّال تحت التمرين وتنص المادة (٤) من نظام التأمينات الاجتماعية على انه (مع الاحتفاظ باحكام المادتين (٥ , ٦) يخضع بصورة الزامية للتأمينات الاجتماعية المحدثة بموجب هذا النظام جميع العمال ، دون أى تمييز فى الجنسية أو الجنس أو السن ، الذين يعملون بموجب عقد عمل لمصلحة صاحب عمل أو أكثر ، مهما كانت مدة العقد أو طبيعته أو شكله ومهما كان مبلغ الأجرة المدفوعة أو نوعها بشرط أن يكون أداء خدماتهم بصورة رئيسية داخل المملكة العربية السعودية) .

ويقطع نص المادة السابقة بأن النظام يسرى على العمال الأجانب العاملين فى المملكة وذلك على تفصيل سيرد فيما بعد . واذا كان النظام قد كفل فى المادة (١) منه سريان احكامه اصلا على جميع العمال ، كما أكد هذا المفهوم فى المادة (٤) منه باخضاع جميع العمّال لاحكام النظام عدا الفئات المستثناة بموجب

احكام المادة (٥) والتى سنعرض لها فيا بعد ، فإنه من الطبيعى أن يتم تنفيذ النظام على مراحل اذ يستحيل تطبيقه على جميع العمال فى وقت واحد .

ولذا تضمنت المادة (٦) من النظام الإشارة الى أن التطبيق الفعلى لفروع التأمينات الاجتماعية الخاصة باصابات العمل والأمراض المهنية وتعويضات العجز والشيخوخة والوفاة يكون على مراحل تحدد بقرارات وزارية تصدر من الوزير المختص بناءً على اقتراح مجلس ادارة المؤسسة العامة على أن يحدد فى هذه القرارات تاريخ وضع المرحلة الاولى للتأمين موضع التطبيق وتاريخ أية مرحلة تالية توسع النطاق الأولى ومناطق تطبيق التأمين وامكنته فى المرحلة الأولية وفى كل مرحلة تالية وفئات اصحاب العمل والعمال الخاضعين للتأمين فى كل مرحلة .

وقد بدأ تطبيق فرع المعاشات اعتبارا من غرة شهر محرم ١٣٩٣ هـ . فى جميع انحاء المملكة على منشآت اصحاب الاعمال الذين يبلغ عدد عمالهم عادة (١٠٠) (مائة) عامل فأكثر وذلك بموجب قرار وزير العمل والتأمينات الاجتماعية رقم (١) وتاريخ ١٣٩٢/٩/١١ هـ . وتعتبر منشأة صاحب العمل مستكملة العدد المقرر للخضوع للنظام طبقا للقرار المذكور كل منشأة يبلغ عدد عمالها مائة عامل فى أى وقت خلال الفترة من تاريخ صدور القرار الى أول محرم ١٣٩٣ هـ . ، بصرف النظر عما يطرأ على عددهم من تخفيض بعد ذلك .

وقد أشار القرار الى أنه يقصد بعدد العمال بالنسبة لتطبيق احكامه مجموع العاملين فى المنشأة الواحدة بما فيهم العمال المؤقتون والعرضيّون الذين يستخدمهم صاحب العمل فى منشأته أو فروعها مجتمعة ولو تعددت مواقعها أو تنوعت أنشطتها أو كان لكل منها كيان قانونى مستقل .

هذا وقد نص القرار المذكور على ان تسرى الاحكام السابقة كذلك على كل صاحب عمل تستكمل منشأته العدد المقرر بعد اول محرم ١٣٩٣ هـ . ، وفى هذه الحالة يسرى فى شأنها النظام اعتبارا من التاريخ الذى تستكمل فيه ذلك العدد ، على أن تحصل اشتراكات التأمينات الاجتماعية عن الشهر الذى استكمل فيه على اساس شهر كامل .

وقد حرص القرار المذكور فى المادة (٤) على النص على أن أصحاب الاعمال التى يطبق فى شأنها النظام لأول مرة طبقا لاحكام هذا القرار تستمر ملزمة بتطبيقه مهما انخفض عدد عمالها فيما بعد الى أى قدر .

وقد جاء فى المادة (٥) من القرار ذاته انه بمجرد أن تتم اجراءات تنفيذ النظام وفقا للاحكام المتقدمة بالنسبة لمنشآت اصحاب الاعمال التى يعمل بها عادة (١٠٠) (مائة) عامل فأكثر ، ينتقل التنفيذ فى المرحلة التالية الى اصحاب الاعمال الذين يستخدمون عادة ٥٠ عاملا فاكثر فى خلال سنة على الاكثر . وبعد تمام التنفيذ بالنسبة لها يعرض على مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية تقرير بنتائج التطبيق لتحديد المراحل التالية .

وفى ١٣٩٣/١/٢٤ هـ . اصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية قراره رقم (٣) تأمينات الذى نص على أن يطبق نظام التأمينات الاجتماعية (فرع المعاشات) اعتبارا من غرة ربيع الأول عام ١٣٩٣ هـ . على العمّال المؤقتين والموسميين بالمنشآت التى يعمل بها عادة مائة عامل فأكثر التى يسرى فى شأنها النظام طبقا للمادة الثانية من قرار وزير العمل والشؤون الاجتماعية رقم (١) تأمينات وتاريخ ١٣٩٢/٩/١١ هـ . المشار اليه ، مع مراعاة الاحكام التالية :

١ ـ العمال المؤقتون والموسميون الذين تقتضى طبيعة الاعمال المسندة اليهم استمرار العمل فيها لمدة ثلاثة أشهر متصلة على الأقل ، يطبق عليهم النظام اعتبارا من غرة ربيع الأول ١٣٩٣ هـ . أو من تاريخ التحاقهم بالخدمة ان كان بعد ذلك .

٢ ـ العمال المؤقتون والموسميون الذين لا يتوفر فى الاعمال المسندة اليهم الوصف السابق يطبق عليهم النظام اعتبارا من أول الشهر التالى لانقضاء ثلاثة اشهر متصلة فى خدمة صاحب العمل بما فيها الخدمة السابقة على غرة ربيع الأول ١٣٩٣ هـ .

وفى نفس التاريخ السابق اصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية قراره رقم (٤) الذى نص على أن يطبق نظام التأمينات الاجتماعية (فرع المعاشات)

اعتبارا من غرة شهر جماد أول ١٣٩٣ هـ . فى سائر أنحاء المملكة على منشآت أصحاب الاعمال التى يعمل بها عادة خمسون عاملا فأكثر الى أقل من مائة .

كما نص على أن تعتبر منشأة صاحب العمل مستكملة العدد المقرر للخضوع للنظام طبقا لحكم الفقرة السابقة متى كان مجموع عدد العمال الدائمين والمؤقتين والموسميين والعرضيين بمنشأة أو منشآت صاحب العمل وفروعها مجتمعة قد بلغ خمسين عاملا فأكثر الى أقل من مائة فى أى وقت خلال الفترة من تاريخ صدور هذا القرار حتى غرة جماد أول ١٣٩٣ هـ . بصرف النظر عما يطرأ على عددهم من تخفيض بعد ذلك .

وبالنسبة لصاحب العمل الذى تستكمل منشأته أو منشآته وفروعها مجتمعة العدد المحدد بالفقرة السابقة بعد غرة جماد أول ١٣٩٣ هـ . يسرى فى شأنها النظام اعتبارا من اول الشهر التالى للتاريخ الذى تستكمل فيه ذلك العدد .

كما نص القرار المذكور على ان يسرى نظام التأمينات الاجتماعية تنفيذاً لحكم المادة السابقة على العمال الآتى بيانهم وطبقا للتفصيل الآتى :

١ ـ يسرى النظام اعتبارا من أول جماد الأول عام ١٣٩٣ هـ . على العمال الدائمين وكذلك على العمال المؤقتين والموسميين والذين تقتضى طبيعة الاعمال المسندة اليهم استمرار العمل فيها مدة ثلاثة أشهر متصلة على الأقل .

٢ ـ أما بالنسبة للعمال المؤقتين والموسميين الذين لا يتوفر فى العمليات المسندة اليهم الوصف المتقدم يسرى النظام فى شأنهم اعتبارا من أول الشهر التالى لقضائهم ثلاثة أشهر متصلة فى خدمة صاحب العمل بما فيها الخدمة السابقة على غرة جماد الأول ١٣٩٣ هـ .

كذلك صدر فى نفس اليوم قرار وزير العمل والشؤون الاجتماعية رقم (٥) تأمينات بشأن تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على عمال الورشات العامة الخاضعين لنظام العمل وقد نص القرار المذكور على أن يطبق نظام التأمينات الاجتماعية (فرع المعاشات) اعتبارا من غرة جماد الأول عام ١٣٩٣ هـ . على عمال المؤسسات العامة ، التى نص فى قرار انشائها أنها مؤسسة عامة ، الخاضعين

لنظام العمل مهما كان عددهم فى كل مؤسسة ، وذلك على النحو التالى :

١ ـ العمال الذين تقتضى طبيعة الاعمال المسندة اليهم استمرار العمل فيها مدة ثلاثة أشهر متصلة على الأقل ، يطبق عليهم النظام اعتبارا من غرة جماد الأول ١٣٩٣ هـ . أو من تاريخ التحاقهم بالخدمة ان كان بعد ذلك .

٢ ـ العمّال الذين لا يتوفر فى العمل المسند اليهم الوصف السابق يطبق النظام فى شأنهم اعتبارا من اول الشهر التالى لقضائهم ثلاثة أشهر متصلة فى خدمة المؤسسة بما فى ذلك الخدمة السابقة على أول جماد الأول عام ١٣٩٣ هـ .

وأضاف القرار المذكور انه يتم تقدير وتحصيل اشتراكات التأمينات الاجتماعية بالنسبة للعمال الذين يخضعون للنظام طبقا لاحكام القرار المذكور على أساس أجورهم الفعلية ، كما يتم صرف مستحقاتهم وفقا لبيانات ملف الخدمة .

وقد عهد القرار المذكور الى مدير عام المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية باصدار قرار بتحديد القواعد والاجراءات التى تتبع فى شأن تطبيق النظام على هؤلاء العمال ، وتحديد البيانات والنماذج التى يتعين حفظها بملف خدمة العمال للرجوع اليها عند الاقتضاء .

وحتى يقطع المشرع احتمالات التحايل على احكامه بالتهرب من تطبيق احكام النظام اصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية قراره رقم (٩) تأمينات وتاريخ ١٣٩٣/٣/١٦ هـ . وتضمن القرار المذكور اعتبار رب العمل مستكملا للنصاب العددى المقرر لخضوعه للنظام اذا اسند كل أو بعض اعماله الى مقاولين من الباطن فى الحالتين الآتيتين :

١ ـ اذا بلغ مجموع عدد عماله مضافا اليهم مجموع عدد عمال المقاولين من الباطن . العدد المقرر للخضوع للنظام .

٢ ـ اذا بلغ مجموع عدد عماله مضافا اليهم عدد المقاولين من الباطن الذين يعملون بمفردهم لحسابه العدد المقرر للخضوع للنظام .

كما يضمن القرار المذكور كذلك اخضاع عمال المقاول أو المقاولين من الباطن للنظام ولو لم يستكمل عدد عمالهم النصاب المقرر للخضوع له متى توافرت فى شأنهم الشروط الآتية :

١ ـ أن يكون عمال منشأة صاحب العمل الأصلى خاضعين للنظام .

٢ ـ أن يتوافر فى شأنهم شروط الخضوع لنظام التأمينات الاجتماعية بالنسبة لعملهم لدى صاحب العمل الاصلى .

٣ ـ أن يباشر عمال المقاول من الباطن أداء اعمال صاحب العمل الاصلى ويخضعون لاشرافه ويستخدمون آلاته وأدواته أو موارده الخام . وبالاضافة الى ذلك فقد تضمن القرار المذكور النص على أنه فى حالة خضوع عمال المقاول أو المقاولين من الباطن للنظام على النحو المتقدم يعتبر صاحب العمل الأصلى والمقاول أو المقاولون من الباطن ملتزمين بالتضامن فى تنفيذ احكام النظام وأداء الاشتراكات المستحقة للمؤسسة عن اولئك العمال .

وفى ١٣٩٣/٨/٩ هـ . اصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية قراره رقم (١٠) تأمينات بشأن تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على عمال الأجهزة الحكومية الخاضعين لنظام العمل اعتبارا من أول شوال ١٣٩٣ هـ . وقد تضمن القرار المذكور سريان احكام النظام فرع المعاشات اعتبارا من التاريخ سالف الذكر على عمال الأجهزة الحكومية الخاضعين لنظام العمل مهما بلغ عددهم فى كل جهاز على حدة ، وذلك على النحو الآتى :

١ ـ العمال الذين تقتضى طبيعة الأعمال المسندة اليهم استمرار العمل فيها مدة ثلاثة شهور متصلة على الأقل يطبق عليهم النظام (فرع المعاشات) من أول شوال (١٣٩٣ هـ .) .

٢ ـ العمال الذين لا يتوفر فى العمل المسند اليهم الوصف السابق يطبق عليهم النظام اعتبارا من أول الشهر التالى لقضائهم ثلاثة شهور متصلة فى خدمة الجهاز الحكومى بما فى ذلك الخدمة السابقة على أول شوال ١٣٩٣ هـ .

كما نص القرار المذكورعلى أن يتم تقدير وتحصيل الاشتراكات على العمال المذكورين على أساس الأجور الفعلية .

كما نص على أن يتم سداد حصة العمال فى الاشتراكات فى خلال الخمسة عشر يوما التالية للشهر المستحقة عنه الاشتراكات ، على أن تسدد حصة الحكومة (صاحب العمل) فى المواعيد التى يتفق عليها مع وزارة المالية والاقتصاد الوطنى .

المطلب الأول

العمال المستثنون من الخضوع لنظام التأمينات الاجتماعية

نصت المادة (٥) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان يستثنى من التأمينات الاجتماعية المحدثة بموجب هذا النظام :

ا ـ موظفوا الدولة العامّون وافراد القوى المسلحة والشرطة الذين يتمتعون بانظمة خاصة لمعاشات موظفى الدولة والعسكريين .

ب ـ الموظفون الأجانب الذين يعملون فى البعثات الدولية او السياسية او العسكرية الأجنبية .

ج ـ العمال المؤجرون المستخدمون فى الأعمال الزراعية او الحراجية او اعمال الرعى والأعمال المشابهة .

د ـ البحارة بما فيهم الصيادون البحريون .

هـ ـ خدم المنازل .

و ـ عمال الاستصناع (العمال الذين يعملون فى منازلهم).

ز ـ افراد اسرة صاحب العمل الذين يعيشون معه تحت سقف واحد وذلك بالقدر الذى يعملون فيه لحسابه .

ح ـ العمال الأجانب الذين يفترض ان مدة عملهم فى المملكة العربية السعودية لا تزيد على السنة ، وذلك بالنسبة لفرع المعاشات فقط .

ـ غير انه يمكن بقرارات تتخذ من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المسئول وفق احكام المادة (٦) من هذا النظام ان يخضع للتأمين كل او بعض من الفئات المذكورة فى البنود (ح، ز) من الفقرة السابقة ، او تقرير استثناء مؤقت من التأمين لفئات معينة من العمّال المؤقتين او الذين يعملون فى اعمال عرضية او العمال المأجورين الذين يستفيدون من انظمة خاصة .

ويبين مما تقدم انه وان كانت القاعدة العامة تطبيق احكام النظام على جميع العمال الا ان المشرّع رأى تقديرا لبعض الاعتبارات استثناء بعض الوظائف التى حددها على سبيل الحصر .

فقد استثنى نظام التأمينات الاجتماعية موظفى الدولة العامّين وافراد القوات المسلحة والشرطة من تطبيق احكامه عليهم لخضوعهم لانظمة خاصة لمعاشات موظفى الدولة والعسكريين ولوجود قواعد تكفل تأمينهم ضد نفس المخاطر الذى كفل نظام التأمينات الاجتماعية تأمين العمال ضدها .

وكذلك نص النظام على ان لا يسرى على الموظفين الأجانب الذين يعملون فى البعثات الدولية او السياسية او العسكرية الأجنبية .

وعدم خضوع هذه الطائفة من الأشخاص لنظام التأمينات الاجتماعية لا يرجع الى انه لا يصدق عليها وصف العمال ، ذلك ان صفة العامل تصدق على هؤلاء الأشخاص لأنهم يعملون لدى البعثات الدبلوماسية او القنصلية التى تتبعها ، وتحت اشرافها لقاء اجر ، ولكن عدم خضوعهم للنظام يرجع الى قواعد العرف الدولى ومبدأ المعاملة بالمثل هذا بالاضافة الى انهم يخضعون لنظام تأمينات اجتماعية خاصة بهم وفقا لقوانين بلادهم .

كذلك استثنى نظام التأمينات الاجتماعية من الخضوع لاحكامه العمال المأجورين المستخدمين فى الأعمال الزراعية او الحراجية او اعمال الرعى والأعمال المشابهة .

وهؤلاء الأشخاص وان كان يصدق عليها وصف العمال ، الا انهم لا يستفيدون من نظام التأمينات الاجتماعية ، لصعوبات عملية واضحة تعترض

تطبيق النظام عليهم واهم هذه الصعوبات ترجع الى انتظامهم فى العمل وعدم استقرار احوالهم المعيشية على نحو لا يمكن من تحصيل اشتراكات منتظمة وكافية منهم بحيث يعتمد عليها فى تمويل التأمينات الاجتماعية اللازمة لهم على الأقل فى الوقت الحاضر اذ تجيز المادة (٥) بند (٢) اخضاعهم للنظام بقرار من مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير المسئول .

ويتصل بالاستثناء سالف الذكر ما نصت عليه المادة (٣) من نظام العمل السعودى من استثناء الأشخاص الذين يعملون فى المراعى او المزرعة من تطبيق نظام العمل عليهم وذلك لأن الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة فى قطاعى الزراعة والرعى فى المملكة قد تتلاءم من حيث بساطتها مع تطبيق احكام نظام العمل لذلك كان منطقيا ان تستثنى هذه الطائفة ايضا من تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية عليها لنفس الاعتبارات . كذلك استثنى المشرع من نظام التأمينات الاجتماعية طائفة البحارة بمافيهم الصيادون البحريون لنفس الأسباب التى حدت به الى استثناء طائفة العمال المأجورين المستخدمين فى الأعمال الزراعية او الحراجية او اعمال الرعى والأعمال المشابهة والتى سبق ان اشرنا اليها . ومن الطوائف المستثناة من تطبيق احكام نظام التأمينات الاجتماعية ايضا طائفة خدم المنازل ويمكن فى هذا الخصوص تعريف الخادم بانه الشخص الذى يؤدى اعمالا « مادية » لدى صاحب العمل او لدى اسرة صاحب العمل ، وفى المكان المعد لسكنى من يتولى خدمته ، بما يجعله قريب الصلة باسراره ، وقد ضيقت اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية من مفهوم الخادم فى تطبيق احكامها اذا اعتبرت الخادم هو من يقوم بالخدمة المنزلية البحتـفلا يعتبر خادما وفقا لأحكامها السائق الخصوصى وسائر العاملين بالابنية كالحراس وعمال المصاعد وعمال الحدائق على نحو ما سبق ان اشرنا اليه عند دراستنا لنظام العمل والعمال وبصدد التفرقة بين مفهوم الخادم فى النظام الأخير ومفهوم الخادم فى نطاق تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية .

ولا ينصرف اصطلاح الخادم بداهة الى حارس العمارة الاستغلالية ، ومن ثم

يخضع هذا الحارس لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية .

اما عمال الاستصناع ، او اولئك العمال الذين يعملون فى منازلهم ، فقد استثناهم المشرع من احكام نظام التأمينات الاجتماعية لأنهم لا يتبعون فى اعمالهم لاصحاب عمل ، ولا يعملون تحت اشرافهم او ادارتهم ومن ثم فمن غير الممكن اخضاعهم لاحكام النظام المذكور .

وقد حرص المشرع فى نظام التأمينات الاجتماعية كذلك على استثناء افراد اسرة صاحب العمل الذين يعيشون معه تحت سقف واحد من الخضوع لأحكام النظام المذكور وذلك بالقدر الذى يعملون فيه لحسابه ، لأن صلة القربى التى تجمع هؤلاء الأفراد بصاحب العمل خير حماية لهم باعتبارهم عمالا لديه وقد ارتأى المشرع وحسنا فعل الا يتدخل بالزام رب العمل بدفع اشتراكات تأمين لهم ، ومع ذلك فقد اجاز النظام فى المادة (٥) بند (٢) اخضاعهم لأحكامه بقرار يصدر من مجلس الوزراء .

وقد استثنى المشرع أخيراً من الخضوع لأحكام النظام طائفة العمال الأجانب الذين يفترض ان مدة عملهم فى المملكة العربية السعودية لا تزيد على السنة ، وذلك بالنسبة لفرع المعاشات فقط .

وقد استثنيت هذه الطائفة من احكام نظام التأمينات نظرا لقصر مدة عملهم بالمملكة العربية السعودية ، ولعدم كفاية اقساط التأمين التى يقومون بدفعها للهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية خلال تلك المدة لتمويل ما قد يحصلون عليه من مزايا مادية .

المطلب الثانى

المعايير الخاصة بالتفرقة بين الخاضعين للنظام والمستثنين من احكامه

درج النظام واللائحة التنفيذية وقرارات وزير العمل والشؤون الاجتماعية على استعمال اصطلاحات معينة تخلع على الخاضعين لأحكام النظام والمستثنين

من احكامه .

وقد حددت المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية المعانى المقصوودة من تلك المصطلحات بشأن المنتفعين بالنظام ، والمستثنين من الخضوع لأحكامه ، وقد وضعت بذلك معايير خاصة لابد من الاستئناس بها عند تطبيق احكام النظام على المنتفعين به او عند استثناء البعض من الخضوع له على النحو التالى :

اولا : العامل الدائم :ـ

جاء فى اللائحة المذكورة ان العامل الدائم هو العامل الذى يؤدى اعمالا دائمة بطبيعتها ، وتتصل بنشاط صاحب العمل الذى يعمل لديه ، ودون ان تنتهى هذه الأعمال بانتهاء العملية القائم بها .

ثانيا : العامل المؤقت :

هو العامل الذى يرتبط عقد عمله باداء عمل مؤقت بطبيعته ، ايا كانت مدّة عقد العمل ، مثل عمال المقاولات والعمال الموسميين .

ثالثا : العامل العرضى :ـ

هو العامل الذى يستخدم لأداء عمل لا يدخل عادة فى نشاط صاحب العمل ولمدة لا تزيد عن ثلاثة اشهر متصلة .

رابعا : العامل الذى يؤدى عمله بصورة رئيسية داخل المملكة العربية السعودية :ـ

ويكون ذلك فى حالتين :

ا ـ اذا كان مقر عمله بالمملكة ، ولم يكن وجوده بها عرضيا دون نظر الى مقر صاحب العمل سواء بالداخل ام الخارج ، وايا كانت جنسية العامل .

ب ـ اذا كان العامل سعودى الجنسية ، وابرم عقد عمله مع صاحب عمل مقره الرئيسى بالمملكة ، سواء كلف ابتداء او فيما بعد بتأدية عمل لصالح صاحب العمل بالخارج وسواء كان هذا التكليف لمدة محددة او غير محددة .

خامسا : الأجنبى :ـ

يقصد نظام التأمينات الاجتماعية بالعامل الأجنبى المستثنى من الخضوع لاحكامه من يعمل فى بعثة دولية او سياسية او عسكرية اجنبية .

سادسا : العامل المستخدم فى الأعمال الزراعية :ـ

وهو كل من يعمل فى اى مهنة او عمل يدخل فى مجال الأعمال الزراعية مثل فلاحة الأرض او حراسة المحصول او تشغيل الآلات الزراعية او اصلاحها او الأعمال الادارية اللازمة لادارة الزراعة . وهذا العامل مستثنى من الخضوع لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية كما سلف القول .

على ان هذا الاستثناء لا يمتد الى الأشخاص الذين يشتغلون فى المنشآت الزراعية التى تقوم بتصنيع منتجاتها . وبالتالى فان هؤلاء الأشخاص يخضعون لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية ، ما دام ان تلك المنشآت تقوم حقيقة بتصنيع المنتجات الزراعية بالمعنى الصحيح مثل صنع شراب الفاكهة او تعليب الثمار بعد اعدادها لذلك او تجفيفها . اما مجرد تهيئة المنتجات الزراعية للبيع او للتصدير مثل تغليفها او تنسيق وضعها وعرضها ، فانه لا يعتبر تصنيعا لهذه المنتجات .

سابعا : البحار :ـ

وهو كل من يعمل فوق السفن البحرية للنقل او الصيد من غير العاملين فى مقر صاحب العمل الذى اتخذ الأعمال البحرية او الصيد حرفة له . على أنّه اذا نقل اى من العمال الذين يعملون فى مقر صاحب العمل على البر الى الأعمال البحرية لدى هذا الأخير فانه يبقى منتفعا بنظام التأمينات الاجتماعية متى كان مطبقا عليه من قبل اما البحار فانه لا يخضع للنظام المذكور الا اذا نقل للعمل على البر بصفة دائمة ، ويكون خضوعه من تاريخ استقرار عمله على اليابسة .

ثامنا : خادم المنزل :ـ

وهو الشخص الذى يعمل بالخدمة المنزلية البحتـ، وهو مستثنى من الخضوع لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية وذلك على نحو ما ذكرنا من قبل .

تاسعا : اسرة صاحب العمل :ـ

هى التى تعيش تحت رعايته وتحت سقف واحد ، وافراد هذه الأسرة هم الذين يعيشون فى رعاية صاحب العمل وفى كتفه ، دون نظر الى مكان اقامة اى منهم وهم : الزوجة او الزوجات ، والأبناء والإخوة الذين تقل اعمارهم عن عشرين سنة ، والبنات والأخوات غير المتزوجات ، والولدان ، وهم مستثنون من تطبيق احكام نظام التأمينات الاجتماعية عليهم .

عاشرا : العامل الأجنبى :ـ

هو العامل الذى لم تبلغ مدة خدمته او مجموع مدد خدمته بالمملكة العربية السعودية سنة ، وهو مستثنى من تطبيق احكام التأمينات الاجتماعية بالنسبة لنوع المعاشات .

على انه اذا زادت المدة او مجموع المدد عن السنة ، طبق فى شأن ذلك العامل احكام النظام ، وذلك عن المدة التالية لتاريخ بدء السنة الثانية حتى نهاية المتعاقد عليها .

المبحث الثانى : التطبيق الإقليمى لنظام التأمينات الاجتماعية

يبين من احكام المادتين (١) و(٤) من نظام التأمينات الاجتماعية والذى سبق ان اشرنا اليهما ان نظام التأمينات الاجتماعية الزامى بالنسبة للعمال واصحاب الأعمال الخاضعين لاحكامه وان جميع الالتزامات المتعلقة باخطار المؤسسة وبالاشتراك فيها ، ودفع الأقساط المستحقة لها ، وكذلك التزامات المؤسسة باداء التعويضات والمعاشات المستحقة ، التزامات تنبع عن نظام التأمينات الاجتماعية مباشرة .

وقد سبق ان ذكرنا ان نظام التأمينات الاجتماعية اقليمى التطبيق ويتعلق بالنظام العام .

ومقتضى اقليمية تطبيق هذا النظام سريانه على كل اقليم الدولة وعلى عدم سريانه خارج حدودها ولو تعلق الأمر بمواطنين سعوديين .

اما مقتضى اعتبار احكام النظام المذكور متعلقة بالنظام العام فهو عدم امكان الاتفاق على عكسها وقد نصت على هذا الحكم المادة (٦٠) من النظام المذكور اذ قررت ان كل اتفاق او تسوية تخالف احكامه وتصدر ممن يشملهم تعتبر باطلة اذا كان من شأنها ان تضر بحقوق المستفيدين او ان تحمل المؤمن عليهم وافراد عائلاتهم التزامات اضافية .

بل ان المشرع امعانا فى تأكيد تعلق احكام هذا النظام بالنظام العام نص على عقاب صاحب العمل الذى لا يتقيد باحكام هذا النظام وبتدابيره التنفيذية بغرامة تتراوح بين (١٠٠) الى (٥٠٠) ريالا واذا سبق ان كان قد حكم عليه بمخالفة النظام المذكور فيمكن ان تزاد الغرامة حتى الضعف وتتعدد الغرامة بعدد العمال المؤمن عليهم الذين ارتكب صاحب العمل بصددهم مخالفة او اكثر على ان لا يزيد مجموع الغرامات المفروضة على خمسة الاف ريال . (انظر المادة ٥٩ بند ١)

وفى جميع الحالات التى حلت فيها التأمينات الاجتماعية محل المسئولية المدنية العادية عن اصابات العمل ، لم تعد هناك اية علاقة مباشرة بين صاحب العمل والعامل ، وقد حلت محلها فكرة التأمين التى ترتكز على العلاقة بين صاحب العمل والمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ، ويلتزم بموجبها صاحب العمل باداء اقساط التأمين لهذه المؤسسة ويدفع مبلغ التأمين المستحق عن العامل على ان تكون العلاقة كذلك مباشرة بين العامل والمؤسسة .

ولا يجوز ان يخضع اى عامل لنظامين من انظمة التأمينات الاجتماعية فى وقت واحد لما يترتب على ذلك من ارهاق للعامل ، وارهاق لصاحب العمل ايضا فى دفع اقساط التأمين لدى جهتين مختلفتين ، ولذا فان رب العمل لا يلزم الا بدفع الاشتراكات وفقا للنظام الصادر فى المملكة فى ١٣٨٩/٩/٦ فقط .

واذا انتقل العامل الذى يخضع لنظام التأمينات الاجتماعية السعودى ليعمل

خارج المملكة العربية السعودية ، فان استمرار خضوعه لهذاالنظام انما يتوقف على ما اذا كان قد ترك عمله فى المملكة بصفة مؤقتة او بصفة دائمة . فاذا كان قد ترك عمله بصفة مؤقتة ، فان هذا الترك لا يحول ابدا دون استمرار سريان نظام التأمينات الاجتماعية عليه . اما اذا كان قد ترك العمل بالمملكة بصفة دائمة ، فلا يسرى عليه ذلك النظام بعد تركه العمل مع حفظ حقه فيما يكون له من مبالغ مستحقة لدى الهيئةالعامة للتأمينات الاجتماعية بالمملكة نتيجة عمله السابق .

والعبرة فى تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية ان تكون المملكة هى مكان تنفيذ العمل بصرف النظر عن مكان ابرام عقد العمل وعلى هذا يسرى النظام على عقود العمال المستقدمين من الخارح اذا تم ابرام عقودهم فى الخارج لأداء بعض الأعمال داخل اقليم المملكة .





الباب الثاني

دور المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية من تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية

يتولى تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية فى المملكة العربية السعوديّة مؤسسة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة هى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

وهذه المؤسسة فضلا عن توليها الاشراف الكامل على نظام التأمينات الاجتماعية تعتبر فى الوقت نفسه طرفا دائما فى جميع العلاقات التى يحكمها نظام التأمينات الاجتماعية اذ تتولى تحصيل الاشتراكات من ارباب الأعمال ، كما تتولى تعويض العمال المستحقين وفقا لأحكام النظام .

الفصل الأول

تكوين مؤسسة التأمينات الاجتماعية

نصت الفقرة الأولى من المادة) ٩) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان « تحدث مؤسسة عامة للتأمينات الاجتماعية للعمال تقوم على ادارة التأمينات الاجتماعية المحدثة بموجب هذا النظام وتتمتع المؤسسة بالشخصية الاعتبارية والاستقلال الادارى والمالى وهى بضمان الدولة وتخضع لاشرافها ».

ونصت الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر على أن « يكون مقر المؤسسة العامة مدينة الرياض ويمثلها مديرها العام امام القضاء وامام اية جهة اخرى ».

كما نصت الفقرة الثالثة على ان « تشمل الدوائر الادارية للمؤسسة العامة مديرية عامة ومكتبا رئيسيا فى كل منطقة ومكاتب فرعية تحدث بقرارات من مجلس الادارة حسب الحاجة ومقتضيات الادارة وتتبع المكاتب الفرعية المكتب الرئيسى الذى تقع فى منطقة عمله ».

ويبين من نص المادة (٩) من نظام التأمينات الاجتماعية سالفة البيان ان المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية فى المملكة العربية السعودية قد انشئت تنفيذا لنظام التأمينات الاجتماعية وانها مؤسسة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وان لها اختصاصات السلطة العامة لتحقيق الأغراض التى أنشئت من اجلها ، وفى الحدود التى يعينها القرار الصادر بانشائها وانها وان كانت تمارس عملها تحت اشراف الدولة وفى ضمانها الا انها تتمتع باستقلال مالى وادارى وقد نص النظام على ان تعتبر مدينة الرياض مقرا للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية كما نص على ان يمثل هذه المؤسسة مديرها العام امام القضاء وامام اية جهة اخرى .

وطبقا لنص المادة (١٠) من نظام التأمينات الاجتماعية يقوم على ادارة المؤسسة مجلس ادارة يتكون من احد عشر عضوا من بينهم رئيس مجلس ادارة المؤسسة ، ويشكل مجلس الادارة على الوجه التالى :

ا ـ اربعة اعضاء يمثلون الحكومة ، منهم ممثل على الأقل من الوزارة .

ب ـ ثلاثة اعضاء من المؤمن عليهم ، ومن ذوى الكفاءات العليا فى اعمالهم .

ج ـ ثلاثة اعضاء من اصحاب العمل .

د ـ المدير العام للمؤسسة العامة .

ويكون تعيين رئيس مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ونائبى الرئيس واعضاء المجلس بقرار من مجلس الوزراء ، وبناء على اقتراح الوزير

المسئول وذلك عملا بنص الفقرة الثانية من الماد (١٠) من نظام التأمينات الاجتماعية .

ويشترط ان يكون رئيس مجلس ادارة المؤسسة من بين ممثلى وزارة العمل . كما نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٠) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان مدة العضوية فى مجلس ادارة المؤسسة ثلاث سنوات قابلة للتجديد وذلك بالنسبة لجميع اعضاء هذا المجلس بما فى ذلك رئيسه ونائباه .

وتسقط العضوية من اعضاء مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بما فيهم رئيس مجلس الادارة ونائباه فى الحالات الآتية :

اولا : اذا تغيب عضو المجلس عن حضور اربع جلسات متتالية من جلسات المجلس بغير سبب او عذر مقبول او اذا استحال على العضو ممارسة وظيفته كعضو فى المجلس مدة لا تقل عن ستة شهور متصلة .

ثانيا : اذا حكم على العضو بعقوبة جريمة من الجرائم المالية او الجرائم المخلة بالشرف او المصلحة العامة .

ويكون سقوط العضوية فى جميع الأحوال بقرار من وزير العمل والشؤون الاجتماعية . كما تسقط العضوية بالنسبة الى ممثلى اصحاب العمل اذا اعلن افلاسهم .

وفى حالة غياب رئيس مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات ، يحل محله نائب الرئيس الأكبر سنا ، ثم يلى بعده ، وحال غيابه نائب الرئيس التانى .

وللوزير المسئول عن المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ان يحضر جلسات مجلس الادارة وفى هذه الحالة تكون له رئاسة المجلس .

ويعقد مجلس الادارة جلسة عادية مرة فى الشهر على الأقل ، وذلك بناء على دعوة من رئيسه ، كما يعقد المجلس جلسات استثنائية اذا ما رأى رئيس مجلس الادارة ضرورة لذلك او بناء على طلب مقدم من الوزير المختص او من قبل سبعة اعضاء على الأقل من اعضاء المجلس .

ويتخذ مجلس الادارة قراراته بأكثرية الأصوات ، وبحضور سبعة اعضاء على الأقل وبشرط الا يقل ـ فى جميع الأحوال ـ عدد الأعضاء المقترعين الى جانب القرار عن اربعة .

هذا ويجوز لمجلس الادارة الاستعانة بأهـل الخبـرة أو بالمختصـين وذلك بدعوتهم للاشتراك فى اجتماعات المجلس ، ولكن لا يخولهم هذا الاشتراك حق التصويت .

وينبغى احالة القرارات الصادرة من مجلس الادارة الى الوزير المسئـول خلال مدة ثمانية أيام من تاريخ اقرارها . فاذا لم يصدر قرار وزارى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاحالة أصبحت هذه القرارات نافذة المفعول .

ويجوز للوزير المسئول ان يعيد الى مجلس الادارة القـرارات التـى يرى مخالفتها للنظام العام أو يسرى تعارضها مع اللوائح المعمول بها .

كما يجوز للوزير المسئول ان يعيد هذه القرارات اذا كان من شأنها الاخلال بالتوازن المالى لنظام التأمينات الاجتماعية .

وتسجل القرارات التى يعيدها الوزير المسئول الى المجلس فى جدول اعمال الجلسة التالية لهذا المجلس لمناقشتها . وفى هذه الحالة يتعين على مجلس الادارة العدول عن القرارات التى اعيدت اليه ، ولا يمكنه ان يصر عليها الا اذا صوت الى جانبها سبعة اعضاء على الاقل من الأعضاء الحاضرين والذين لهم حق التصويت على القرارات التى يتّخذها المجلس .

وقد تناولت المادة (١٢) من نظام التأمينـات الاجتماعية اختصاصـات مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ، وحصرتها فى المسائل الآتية :

١ ـ الاشراف على حسن تنفيذ النظام واللوائح النافذة ، واتخاذ كل اجراء أو تدبير يراه ضروريا من اجل ان يحقق النظام اهدافه المرجوة منه ، وضمان حسن سير العمل فى المؤسسة .

٢ ـ اقرار اللوائح التطبيقية تمهيدا لعرضها على الوزير المسئول للتصديق عليها .

٣ ـ تحديد نطاق التطبيق الأولى للنظام طبقا للاحكام الواردة فى المادة (٦) من نظام التأمينات الاجتماعية ، وكذلك تحديد المراحل التالية من اجل توسيع هذا النظام ، وتقرير انشاء المكاتب الرئيسية ، والفروع المحلية للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

٤ ـ اقرار الخطة الحسابية ، وكذلك الميزانية ، والتقرير المالى ، وحساب الأرباح والخسائر السنويّة للمؤسسة .

٥ ـ ابداء الرأى فى جميع المسائل التى يحيلها الوزير المسئول أو المدير العام للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية إلى المجلس .

٦ ـ وضع الخطة العامة اللازمة لاستثمار اموال المؤسسة والتصديق على مجالات التوظيف التى يرى المجلس فائدتها ضمن نطاق هذه الخطة .

٧ ـ ممارسة المهام الاخرى التى يعهد النظام الى المجلس بممارستها أو تعهد اليه بذلك اللوائح الصادرة تطبيقا لهذا النظام أو أية نصوص تشريعية اخرى .

وتنص المادة (١٣) من نظام التأمينات الاجتماعية على أن تشكل لجنة مراقبة مكونة من رئيس وعضوين ، يعين رئيسها من قبل الوزير المسئول ، ويعين احد العضوين من قبل وزير المالية ، والآخر من قبل محافظ مؤسسة النقد . وقد نص أيضا على أن مدة هذه اللجنة سنتان ، ولا يجوز تجديدها اكثر من مرتين متعاقبتين .

وتختص لجنة المراقبة بالمسائل الآتية :

١ ـ مراقبة اعمال الادارة المالية للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

٢ ـ ابداء الرأى فيما يتعلق بالموازنة السنوية للمؤسسة وحسابها ، وذلك قبل عرضها على مجلس الادارة ، والتحقق من صحتها من الناحية النظامية ، ومن ناحية صدق محتوياتها .

٣ ـ ابداء الرأى فيما يتعلق بتوظيف الاموال واستثمارها .

٤ ـ ابداء الرأى فى مشروع النظام المالى والحسابى ، وكذلك فى الخطة الحسابية للمؤسسة ، والمقترحة من قبل المدير العام .

٥ ـ التحقق من صحة دفاتر المحاسبة .

٦ ـ ممارسة الاختصاصات الاخرى التى يمكن أن يعهد بها اليها ـ أى الى لجنة المراقبة ـ وذلك بموجب النظام أو اللوائح الصادرة تطبيقا له .

وقد أوجبت الفقرة الثالثة من المادة (١٣) آنفة الذكر على لجنة المراقبة وضع تقرير فى نهاية الشهر السادس من كل دورة مالية تبين فيه ملاحظاتها على نشاط المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية خلال الستة شهور المنصرمة .

كما اوجبت تلك الفقرة أيضا على اللجنة وضع تقرير سنوى فى نهاية الدورة . وتحال بعد ذلك تقارير اللجنة فور صدورها الى الوزير المسئول والى كل من مجلس الادارة ومدير عام المؤسسة .

ويدير شؤون المؤسسة العامة للتأمينات العامة مدير عام يعين لمدة غير محددة بموجب قرار يصدر من مجلس الوزراء وذلك بناء على ترشيح الوزير المسئول .

ويكون عزل المدير العام بنفس الطريقة أو بناء على اقتراح مجلس ادارة المؤسسة بقرار يصدر منه بأكثرية سبعة اصوات على الأقل .

ويختّص مدير عام المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بالمسائل الآتية :

١ ـ تأمين تنفيذ قرارات مجلس ادارة المؤسسة ، واعتباره مسئولا مباشرا ، أمام هذا المجلس .

٢ ـ ادارة مصالح المؤسسة ، ورئاسة موظفيها الذين عليهم الالتزام بالتقيد بأوامره وتوجيهاته وتعليماته .

٣ ـ القيام بالاعمال الادارية والمالية التى لا تدخل صراحة فى اختصاصات اجهزة اخرى وسهره بصورة عامة على حسن سير اعمال المؤسسة .

وخولت المادة (١٤) آنفة الذكر المدير العام أن يعهد اليه بممارسة بعض اختصاصاته لمعاونيه أو لموظفين آخرين فى المؤسسة .

وقد نصت المادة (١٥) من نظام التأمينات الاجتماعية على أن يحدد مجلس الادارة ـ وبناء على اقتراح مدير عام المؤسسة ـ الجهاز الادارى للمديرية

والمكاتب الرئيسية والفرعية التى تتبع المؤسسة ، وكذلك تحديد عدد الموظفين بحسب فئاتهم ودرجاتهم ورواتبهم .

وتحدد شروط تعيين وتأديب هؤلاء الموظفين كما تحدد حقوقهم وواجباتهم وانهاء خدمتهم بمقتضى لائحة يصادق عليها مجلس ادارة المؤسسة .

ويتولى وزير العمل ـ بموجب نص المادة (١٦) من نظام التأمينات الاجتماعية الاشراف باسم الدولة على المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

وللوزير ـ بالإضافة الى سلطاته واختصاصاته الممنوحة له والمنصوص عليها فى هذا النظام واللوائح الصادرة تنفيذا له ـ ان يطلب من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية اعطاء ، ما يشاء من معلومات ، وعليها ان تضع تحت تصرفه ، الدفاتر والملفات والوثائق التى يراها ضرورية لممارسة هذا الاشراف .

وتلتزم المؤسسة ـ تحقيقا لذات الغرض ـ بأن تقدم للوزير المسئول فى نهاية كل عام تقريرا عن الاعمال التى انجزت خلال العام المنصرم .

الفصل الثاني

موارد المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ونشاطها المالي

تتكون موارد المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية وفقا للمادة (١٧) من النظام مما يأتى :

١ ـ اشتراكات اصحاب العمل ، والمؤمن عليهم المنصوص عليها فى المادة (١٨) من النظام وتحدد هذه المادة فى فقرتها الاولى اشتراكات فرع الاخطار المهنية بمقدار اثنين فى المائة من اجر المؤمن عليه الذى يخضع للاشتراك . ويقع دفعها على عاتق صاحب العمل وحده .

على انه يمكن زيادة معدل هذا الاشتراك الى الضعف بالنسبة الى اصحاب العمل الذين يرفضون التقيد بالتعليمات الصادرة عن السلطات المختصة فى موضوع سلامة العمال وصحتهم . وتحدد اجراءات تطبيق هذا الحكم الأخير بمقتضى لائحة خاصة .

وحددت المادة (١٨) فى فقرتها الثانية اشتراك فرع المعاشات بمقدار ثلاثة عشر فى المائة من الأجر ، منها ثمانية فى المائة يقع دفعها على كاهل صاحب العمل وخمسة فى المائة يلتزم بدفعها المؤمن عليه .

وقد أجازت الفقرة الثالثة من المادة (١٨) آنفة الذكر تعديل نسب الاشتراكات المنصوص عليها فى الفقرتين الاولى والثانية لهذه المادة ، وذلك بمقتضى قرار يصدر من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المسئول وبعد أن يبدى مجلس ادارة المؤسسة رأيا معللاً ومستندا الى دراسة .

كما تتكون الموارد من الاشتراكات الأخرى التى تفرض لتمويل فروع اخرى للتأمين أو انواع أخرى من التعويضات بموجب أنظمة خاصة طبقا لاحكام الفقرة الثانية من المادة (١) من هذا النظام .

٢ ـ الاعانات السنوية المقدمة من الدولة ، والتى تدرج فى الميزانية العامة بناء على اقتراح الوزير المسئول .

٣ ـ المبالغ الاضافية المنصوص عليها فى الفقرة الرابعة من المادة (١٩) من نظام التأمينات الاجتماعية مقابل التأخر فى دفع الاشتراكات المستحقة .

٤ ـ الارباح الناتجة من استثمار اموال المؤسسة العامة .

٥ ـ الهبات والوصايا المتبرع بها للمؤسسة العامة .

٦ ـ الموارد الأخرى التى تختص المؤسسة العامة بمقتضى نظام او لائحة .

وقد نصت المادة (١٩) من النظام على أن تحسب الاشتراكات المنصوص عليها فى المادة (١٨) من نظام التأمينات الاجتماعية على اساس مجموع الأجور التى يقبضها المؤمن عليه والمنافع التى تقدم له بصورة عينية ، وتقدر هذه المنافع بموجب قرار يصدر من الوزير المسئول بناء على اقتراح مجلس ادارة

٥

المؤسسة ويجوز أن يحدد فى لائحة مبلغ الاشتراكات التى يستوجب دفعها لمصلحة العامل المتدرج الذى لا يستوفى اجراما ، وأن تنص هذه اللائحة على أن يعفى من دفع الاشتراكات بعض فئات البدلات أو المنح التى تدفع للمؤمن عليه زيادة على الأجر الاساسى الذى يخضع لخصم الاشتراكات .

ويجوز أن ينص فى اللائحة على ان تحسب الاشتراكات المستحقة عن أشهر السنة المالية على أساس الأجور المقبوضة والخاضعة للاشتراك خلال أول شهر من السنة ، أو ينص على اشتراكات مقطوعة بدفعة واحدة ، أو على اشتراكات تحدد بحسب درجات الأجور وذلك بالنسبة لبعض فئات العمال . وفى هذه الحالة تحسب التعويضات التى يستحقها المؤمن عليه على أساس الأجور المتفق عليها ، والتى حددت بموجبها مبالغ الاشتراكات المستحقة وذلك نزولا على حكم البند (٣) من المادة (١٩) من نظام التأمينات الاجتماعية .

ويلتزم صاحب العمل بدفع الاشتراكات المستحقة عليه وعلى العامل المؤمن عليه الذى يتبعه الى المؤسسة العامة .

ويعتبر صاحب العمل هو المسئول وحده قبل المؤسسة العامة عن دفع قيمة هذه الاشتراكات . ولصاحب العمل مقابل ذلك ، أن يقتطع من أجر المؤمن عليه ما يقع على عاتقه من اشتراك . واذا أهمل صاحب العمل اقتطاع هذا الاشتراك لدى قيامه بدفع الأجور ، فليس له بالتالى حق اقتطاع قيمته فيما بعد بأى صورة من الصور (مادة ١٩ بند ٤) .

ويجب دفع الاشتراكات للمؤسسة العامة خلال الخمسة عشر يوما الاولى من الشهر الذى يلى الشهر الذى استحق عنه الاشتراك . واذا لم يتم دفع الاشتراك خلال هذه المدة التزم صاحب العمل بدفع اضافة قدرها إثنان فى المائة من قيمة الاشتراك المستحق عن كل شهر أو جزء من الشهر الذى حصل فيه التأخير (مادة ١٩ بند ٥) .

ويلاحظ أن تجديد ترخيص اى مشروع من المشروعات رهن بتقديم صاحب العمل شهادة صادرة عن المكتب الرئيسى المختص فى المؤسسة العامة

تثبت تسجيل المشروع فى هذه المؤسسة ، وانه أيضا قد قام بجميع التزاماته ، أو انه لا يخضع لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية . (مادة ١٩ بند ٦) .

ويتعين على اصحاب العمل أن يقدموا الى المؤسسة العامة ، وفق النماذج المحددة من قبلها ، جداول شهرية بالاجور ، وذلك ضمن المهلة المحددة فى الفقرة (٥) من المادة (١٩) من نظام التأمينات الاجتماعية . (مادة ١٩ بند ٨) .

والجدير بالذكر أن جباية الاشتراكات والاضافات التى تفرض للتأخر فى دفع هذه الاشتراكات مضمونة بحق امتياز لصالح المؤسسة العامة . وهذا الحق يأتى مباشرة فى الدرجة بعد امتياز استيفاء الأجور . (المادة ٢٠) .

ولكل نوع من فروع التأمين التابعة للمؤسسة العامة ادارة مالية منفصلة ، كما أن له حسابات خاصة به .

ويتولى مجلس ادارة المؤسسة العامة تحديد ما يصيب كل فرع من هذه الفروع من نفقات الادارة ، كما يتولى مجلس الادارة أيضاً تحديد قواعد توزيع الموارد التى لا تخص فرعا معينا ، على مختلف الفروع .

ولا يجوز أن تتجاوز النفقات الادارية للمؤسسة العامة ثمانية فى المائة من الموارد الناتجة عن الاشتراكات المدفوعة من قبل اصحاب العمل والمؤمن عليهم . غير أن لمجلس الوزراء ـ بناءً على اقتراح الوزير المسئول ـ أن يخفض هذه النسبة أو أن يزيدها الى عشرة فى المائة على الأكثر . (مادة ٢٤) .

وتتضمن اللائحة المالية للمؤسسة العامة تنظيم المسائل التالية :

أولا : الميزانية والحساب السنويين .

ثانيا : الحسابات .

ثالثا : الأموال الاحتياطية الواجب رصدها (أموال احتياطى الأمان والاحتياطى الفنى وكذلك الأموال الموضوعة للتداول) .

رابعا : استثمار الأموال .

خامسا : أى مسألة أخرى لها علاقة بالادارة المالية للمؤسسة العامـة ، والتى لم ينص عليها فى هذا النظام . (مادة ٢٥) .

وطبقا للمادة (٢٦) من نظام التأمينات الاجتماعية ، يجب أن تجرى دراسة مفصلة للحالة المالية للمؤسسة العامة بحسب كل فرع من فروع التأمين وذلك مرة واحدة على الأقل فى كل ثلاث سنوات . ويمكن أن تتخذ نتيجـة ، هذه الدراسة أساسا لاعادة النظر فى معدل الاشتراكات المشار اليها فى الفقرة الثالثة من المادة (١٨) من نظام التأمينات الاجتماعية . واذا أظهرت الدراسة عجزا التزمت الدولة بسد قيمة هذا العجز عن طريق اعانات ترصدهـا فى الميزانيّة العامة .

وقد نصت المادة (٢٣) من نظام التأمينات العامة على أن الدورة المالية للمؤسسة هى السنة الهجرية .





الباب الثالث
تحديد إصابات العمل وأمراض المهنة الخاضعة للنظام

يعتبر تحديد ما بعد اصابة عمل ، وما يعتبر من امراض المهنـة من ادق المسائل التى يثير تحديدها الكثير من الخلافات اذ يترتب على اعتبار اصابة ما إصابة عمل ، أو على اعتبار مرض ما من أمراض المهنة تمتع العامل بالمزايا التى نص عيها النظام فى المادتين (٢٧) و (٢٨) على نحو ما سنرى فيما بعد . وقد عرض النظام لبيان ما يعتبر من إصابات العمل ، وما يعتبر من أمراض المهنة .

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من نظام التأمينات الاجتماعية على أن (تعتبر اصابة عمل كل اصابة تحدث للمؤمن عليه بتأثير العمل أو من جراء ممارسة العمل مهما كان سببها . كما تعتبر اصابة عمل أيضا كل اصابة تحدث للمؤمن عليه اثناء طريقه من مسكنه الى محل عمله وبالعكس أو اثناء طريقه من محل عمله الى المكان الذى يتناول فيه عادة طعامه وبالعكس ، على شرط أن يكون الطريق الذى يسلكه لم يتغير اتجاهه أو لم يتوقف خلال مروره فيه لغرض تمضية مصلحته الشخصية أو مصلحة لا تمت لعمله بصلة . وتعتبر بنفس الصفة الاصابات التى تحدث اثناء تنقلات المؤمن عليه التى يقوم بها بناء على تعليمات صاحب العمل أو أثناء السفر المدفوعة تكاليفه من قبل صاحب العمل) .

أما بالنسبة لأمراض المهنة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٧) على أن (الأمراض المهنية المحددة وفق الأصول المنصوص عليها فى الفقرة الآتية تعتبر فى حكم اصابات العمل . كما يعتبر تاريخ اول مشاهدة طبية للمرض بحكم تاريخ وقوع الاصابة) .

ويتم تحديد ما يعتبر من امراض المهنةوفق ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة المذكورة التى تنص على أن (تحدد الأمراض المهنية بجدول يصادق عليه بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المسئول ، ويمكن تعديل هذا الجدول وفق نفس الأصول ، ويبين الجدول الأمراض التى تعتبر أمراضا مهنية ، وينص الى جانب كل منها على الاعمال والأساليب والمهن التى تعرض العامل للاصابة لهذا المرض . ويمكن ايضا للقرار الصادر بموجبه الجدول أن يحدد المدد القصوى التى يجب أن تظهر خلالها اعراض المرض كى يمكن اعتباره مهنيا فيما اذا ظهرت اعراض المرض على العامل بعد أن كان توقف عن ممارسة عمل أو اسلوب أو مهنة مما قد حدد فى الجدول . وتبدأ مدة المسئولية من تاريخ التوقف عن العمل أو الأسلوب أو المهنة موضوع البحث) .

وقد صدر بالفعل جدول أمراض المهنة بقرار من مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ وتاريخ ١٣٨٩/١١/٢١ هـ . .

ويتضح مما تقدم أن تعويضات أخطار المهنة تغطى المخاطر الآتية :

١ ـ الاصابات التى تنتج من حوادث العمل :

وتحدث الاصابة فى هذه الحالة نتيجة العمل أو لسبب ممارسته لعمله أيا كان نوعها ومهما كان سببها .

٢ ـ الاصابات التى تنتج من حوادث الطريق :

ويتضح من نص النظام أن اصابات حوادث الطريق وفقا لأحكام النظام نوعان :

☐ النوع الأول : تحدث فيه الاصابة للعامل أثناء طريقه من مسكنه الى محل

عمله ، وبالعكس أو تحدث فيه الاصابة للعامل اثناء طريقه من محل عمله الى المكان الذى يتناول فيه عادة طعامه وبالعكس ، شريطة أن يكون الطريق الذى يسلكه العامل لم يتغير اتجاهه او لم يتوقف خلال مروره فيه لغرض تمليه عليه مصلحته الشخصية أو مصلحة لا تمت لعمله بصلة .

☐ النوع الثانى : اصابات حوادث الطريق التى تحدث الاصابة فيه للعامل اثناء تنقلاته التى يقوم بها بناء على تعليمات صاحب العمل أو اثناء السفر المدفوعة تكاليفه من قبل صاحب العمل .

٣ ـ أمراض المهنة :

أمراض المهنة تحدث نتيجة الاصابة بمرض من الأمراض المهنية الواردة بالجدول المصادق عليه بقرار من مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ والمؤرخ ١٣٨٩/١١/٢١ هـ .

الفصل الأول

الاصابات التي تنتج من حوادث العمل

يبين من استعراض أحكام النظام أنه يشترط حتى تعتبر اصابة عمل أن تقع الاصابة وأن تكون تلك الاصابة ناتجة عن حادث عمل .

واصابة العمل عبارة عن حدوث ضرر بجسد العامل نتيجة واقعة مفاجئة .

ومن ذلك يبين أن اصابة العمل تنطوى على عنصرين :

● العنصر الأول : الضرر بجسد العامل :

الضرر الجسماني هو أي أذى يلحق بجسم العامل سواء كان ظاهرا أم خفيا ، داخليا أم خارجيا ، نافذا أم سطحيا ، كالجروح وكسور العظام وفقد الأعضاء والاختلال العصبيّ .

وتطبيقا لذلك لا يعتبر من اصابات العمل الأذى النفسي الذي يصيب العامل دون أن يمس جسده كالاعتداء على كرامته أو تلف ملابسه أو ممتلكاته الشخصية كالنظارات الطبية أو الأيدي والأرجل الصناعية وكل ما يشبه ذلك .

● **العنصر الثاني : عنصر المفاجأة :**

ويعتبر عنصر المفاجأة من ابرز وأهم العناصر التي تميز اصابة العمل اذ يشترط النظام أن تحدث الاصابة نتيجة حادث فجائي لا يستغرق سوى وقت قصير كالاندفاع أو السقوط أو الانفجار أو الصدمة . سواء كانت مادية كالاصطدام أو معنوية كسماع صوت انفجار شديد يؤدي الى الصمم .

ويعتبر عنصر المفاجأة هو الفيصل الذي يميز بين اصابات العمل الناتجة عن الحوادث وبين الأمراض المهنية فالأمراض المهنية عبارة عن اصابات جسمانية تقع بسبب العمل ولكنها لا تنشأ عن حادث فجائي بل تترتب على طبيعة العمل وظروفه خلال فترة من الزمن ، كالاصابة بضعف في قوة الابصار نتيجة استمرار تعريض العينين بضوء قوي مبهر لمدة طويلة ، أما اندفاع شظية بصورة مفاجئة الى قاع العين فانه يسبب اصابة عمل لا مرض مهنة .

وبديهي أنه يجب أن تكون الاصابة نتيجة حادث عمل - فلا يحق للعامل أن يحصل على تعويض اصابة العمل الا اذا توافرت في الاصابة الشرطان الآتيان :

١ - أن تقع الاصابة بسبب العمل أو اثنائه ولا يشترط أن تكون السببية مباشرة من العمل بل يجوز أن تكون بسبب عمل بطريقة غير مباشرة ما دامت العلاقة بين العمل والحادث قائمة سواء من ناحية طبيعة العمل أو ظروفه أو مكانه أو غير ذلك مما يعتبر علاقته كافية بين الحادث والعمل بحيث يمكن القول بأنه لولا العمل لما كان الحادث ولما وقعت الاصابة .

ولا يشترط النظام أن يكون سبب الاصابة ناشئا عن العمل المسند للعامل المصاب اذ يجوز أن تحدث الاصابة من عمل عامل آخر ويكفى كذلك ان تكون الاصابة متسببة عن العمل بوجه عام ، أن يكون العمل هو السبب الوحيد للاصابة وانما يجوز كذلك أن يشترك مع اسباب أخرى فى إحداث الاصابة اذ تعتبر الاصابة هنا وفى جميع الأحوال اصابة عمل وفقا لاحكام النظام ويتمتع بمناسبتها العامل بالمزايا التى كفلها النظام عند حدوث اصابة عمل .

٢ ـ يشترط كذلك لاستحقاق العامل الحقوق المترتبة على اصابة العمل ألا يكون الخطر الذى سبب الاصابة قد حدث بصورة متعمدة أو نتيجة عمل جنائى قام به العامل .

فاذا تعمد المؤمن عليه اصابة نفسه كأن يقصد الى الانتحار أو يتعمد اصابة نفسه للحصول على اجازة أو طمعا فى الاستيلاء بغير حق على تعويض أو يتعمد احداث خطر ما ينتهى باصابته فانه يفقد الحقوق المترتبة على اصابة العمل .

ويشترط لحرمان العامل من حقوق اصابة العمل ما يأتى :

(١) ـ أن يكون الخطر الذى سبب الاصابة مقصودا ، ولا يعنى ذلك انه يشترط أن يكون المؤمن عليه قاصدا دائما اصابة نفسه ، لأن الاصابة فى هذه الحالة تكون متعمدة ولا تثير مشكلة ما ، بل يكفى أن يكون المؤمن عليه مدركا الخطر الذى يتعمده ، متوقعا ما يؤدى اليه فعله المتعمد والا يعتبر عمله من قبيل السهو وعدم الانتباه .

ويتساوى مع الخطر المتعمد أن تكون اصابة العامل قد حدثت نتيجة عمل ارتكبه يكون جريمة ففى هذه الحالة يفقد حقوقه المترتبة على اصابة العمل .

(٢) ـ أن توجد صلة بين الاصابة وبين الخطر المتعمد فاذا اصيب العامل ولم تكن الاصابة نتيجة للخطر المتعمد أو نتيجة الفعل الجنائى الذى قام به فانه لا يجوز حرمانه من حقه فى التعويض .

وعلى ذلك يفقد العامل حقوقه فى التعويض عن اصابة العمل اذا تعمد مخالفة تعليمات الوقاية المعلقة فى اماكن ظاهرة من محل العمل .

كذلك يفقد العامل حقوقه الناتجة عن اصابة العمل اذا وقعت اصابته مثلا أثناء العمل نتيجة لتناوله ممنوعات أو مخدرات أو خمراً اذ أن اصابته فى هذه الحالة تكون ناتجة عن فعل جنائى قام به .

الفصل الثانى

الإصابات التى تنتج من حوادث الطّريق

سبق أن اشرنا الى أن الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من نظام التأمينات الاجتماعية تعتبر فى حكم الحادث الذى يقع بسبب العمل كل حادث يقع للعامل المؤمن عليه أثناء ذهابه من مسكنه الى مقر عمله ، وعودته منه ، كذلك اثناء ذهابه من مقر عمله الى المكان الذى يتناول منه طعامه بصفة عادية ، وعودته منه ، شريطة أن يكون ذهابه وعودته دون انحراف عن الطريق الطبيعى ، ودون توقف أو تخلف خلال مروره فيه . كما اعتبرت تلك الفقرة أيضا الحادث الذى يقع للعامل المؤمن عليه أثناء تنقلاته التى يقوم بها بناء على تعليمات صاحب العمل أو اثناء السفر الذى التزم نفقاته صاحب العمل ، من قبيل حوادث أو اصابات العمل .

وهكذا يعتبر من حوادث الطريق التى يعد اصابة العمل الحادث الذى يقع فيه الاصابة للعامل المؤمن عليه أثناء طريقه من مسكنه الى محل عمله ، وبالعكس أو تحدث فيه الاصابة للعامل أثناء طريقه من محل عمله الى المكان الذى يتناول فيه عادة طعامه أو التى تحدث فى طريق عودته الى مكان العمل .

وتشمل فترة ذهاب العامل لأداء العمل الفترة التى تبدأ بلحظة مغادرة العامل باب مسكنه وتنتهى هذه الفترة بمجرد دخول العامل الى مكان العمل أو ملحقاته كالمخازن والشون وغير ذلك .

كذلك تبدأ فترة عودة العامل من مكان العمل الى المسكن من لحظة مغادرته للباب الخارجي لمكان العمل ، وتنتهي هذه الفترة بلحظة وصوله الى الباب الخارجي لمسكنه .

ويشترط النظام أن يكون الطريق الذى يسلكه العامل هو الطريق الطبيعى للذهاب الى العمل أو العودة منه . ويعنى الطريق الطبيعى ، ذلك الطريق الذى يسلكه الشخص المعتاد لو وجد فى مثل ظروف العامل الذى وقع له الحادث أو الاصابة .

ولا يشترط النظام أن يلتزم العامل باتباع وسيلة مواصلات معينة لكى تنقله من مسكنه الى محل عمله ، وبالعكس ، أو مكان محل عمله الى المكان الذى يتناول فيه عادة طعامه وبالعكس ، فقد يسير العامل على قدميه أو يستعمل دراجة أو سيارة أو يستعمل وسائل المواصلات العامة أو غير ذلك .

ويستلزم النظام لاعتبار الحادث الذى يقع للعامل من حوادث الطريق ، الذى يعد اصابة عمل ، أن يكون الطريق الذى يسلكه العامل لم يتغير اتجاهه ، أى ألا يكون العامل قد انحرف عن الطريق الطبيعى للعمل ، وألا يكون قد توقف فى هذا الطريق لغرض تمليه عليه مصلحته الشخصية أو لأى أمر آخر لا يتصل بالعمل .

ويعتبر العامل منحرفا عن الطريق اذا ترك الطريق الطبيعى المعتاد الذى يصل ما بين مسكنه ومحل العمل أو فعل ذلك عند العودة وكذلك اذا ترك الطريق الطبيعى المعتاد الذى يصل الى المكان الذى يتناول فيه عادة طعامه أو فعل ذلك عند العودة أو سلك طريقا آخر لا يمكن بحال وصفه بأنه طريق طبيعى لهذا العامل طبقا للمعيار الموضوعى الذى سلف ذكره ، وذلك ما لم يكن انحرافه هذا قد اقتضته ضرورة ملجئة كما لو كان الطريق الطبيعى قد اوقف المرور فيه لحادث أو اصلاح أو لطوارىء معينة او لغير ذلك .

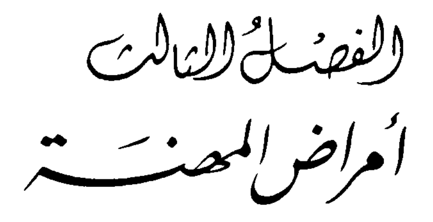
ويعتبر العامل متوقفا فى الطريق اذا لم يواصل السير فيه فترة زمنية ، وذلك

لغرض تمليه على العامل مصلحة شخصية له أو مصلحة لا تمت لعمله بصلة ، مثل التحدث الى قريب أو صديق التقى به أو مشاهدة حادث وقع فى الطريق أثناء سيره أو القيام بنزهة ولا يعتبر من قبيل التوقف الفترة التى يمضيها العامل فى الانتظار المعتاد للسيارة التى تقله الى محل العمل وبالعكس ، سواء كانت هذه السيارة تتبع صاحب العمل الذى يعمل عنده العامل أم تتبع خطوط النقل العام أو كانت سيارة صديق أو زميل خاصة .

ولا يعلق النظام اهمية على الوقت أو الميعاد الذى غادر فيه العامل مسكنه أو محل عمله لمعرفة ما اذا كانت الاصابة التى وقعت له من قبيل حوادث الطريق التى تعتبر اصابة عمل أم لا طالما كانت الفترة الزمنية التى امضاها هذا العامل بين محل العمل أو المسكن وبين مكان وقوع الحادث معقولة لاجتياز هذه المسافة ولم يتوقف فيها لغرض شخصى أو لأمر لا يتصل بالعمل .

ويعتبر كذلك من حوادث الطريق التى تعتبر اصابات عمل الاصابات التى تحدث للعامل اثناء تنقلاته التى يقوم بها بناء على تعليمات صاحب العمل أو اثناء السفر الذى دفعت تكاليفه من قبل صاحب العمل والاصابات التى تحدث اثناء مهام العمل التى يكلف بها العامل من قبل رب العمل أو اثناء السفر الذى يكلف به العامل من رب العمل ويدفع الأخير نفقاته تعتبر اصابات عمل .

ولا شك ان نظام التأمينات الاجتماعية انما أراد بادخال هذا النوع من الحوادث ضمن حوادث العمل مواجهة المخاطر التى يتعرض لها العامل ما دام يثبت انه كان يقوم بعمل لحساب صاحب العمل وانه مكلف به منه .



تعتبر فى حكم اصابات العمل الامراض المهنية المحددة بالجدول المصادق

عليه بقرار من مجلس الوزراء ، وبناء على اقتراح الوزير المسئول وذلك وفقا للفقرتين (٢) و (٣) من المادة (٢٧) من نظام التأمينات الاجتماعية .

وقد بين الجدول الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ وتاريخ ٨٩/١١/٢١هـ الامراض المهنية كما يبين الاعمال والأساليب والمهن التى تعرض العامل للاصابة بكل مرض من هذه الامراض .

ويتضمن القرار الصادر بمقتضاه الجدول آنف الذكر تحديد الاقصى مدة يجب ان تظهر خلالها اعراض المرض حتى يمكن اعتباره من قبيل الامراض المهنية ، وذلك فيما اذا ظهرت مثل هذه الاعراض على العامل بعد ان كان قد توقف عن مزاولة عمل معين أو مهنة مما قد حدد بالجدول .

ويجوز دائما للسلطة المختصة تعديل جدول الامراض المهنية بالاضافة أو التعديل أو الحذف .

ويستحق العامل المؤمن عليه التعويض المقرر نظاما اذا ما اصيب بمرض من الامراض المهنية المبينة بالجدول ، وان يكون العمل الذى نيط به مما ينشأ عنه هذا المرض وذلك وفقا لاحكام الجدول .

وسنعرض فيما يلى الامراض المهنية التى تضمنها الجدول والذى صدر بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ وتاريخ ١٣٨٩/١١/٢١ هـ . المشار اليه .

نوع المرض	العمليات أو الاعمال المسببة لهذا المرض
١ ـ التسمم بالبترول أو غازاته أو مشتقاته ومضاعفاته :	كل عمل يستدعى تداول أو استعمال البترول أو غازاته أو مشتقاته وكذا اى عمل يستدعى التعرض لتلك المواد صلبة كانت أو سائلة أو غازية .

نوع المرض	العمليات أو الأعمال المسببة لهذا المرض
٢ ـ سرطان الجلد الاولى والالتهابات وتقرحات الجلد والعيون المزمنة :	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول والتعرض للقطران والزفت أو البيوتومين أو الزيوت المدنية بما فيها البارفين أو الفلور واى مركبات أو منتجات أو متخلفات هذه المواد وكذا التعرض لأية مادة مهيجة اخرى صلبة أو سائلة أو غازية .
٣ ـ أمراض الغبار الرئوية (نومو كوتيوزمر) التى تنشأ عن: (١)ـ الاسبستوس (اسبستوزس) (٢)ـ غبارالسليكا (سليكوزس) (٣)ـ غبار القطن (بسينوزس) :	أى عمل يستدعى التعرض لغبار حديث التولد لمادة السليكا أو المواد التى تحتوى على مادة السليكا تزيد على ٥٪ كالعمل فى المناجم والمحاجر او نحت الاحجار أو طحنها أو صناعة المسنات الحجرية أو تلميع المعادن بالرمل أو اية اعمال اخرى تستدعى نفس التعرض وكذا اى عمل يستدعى التعرض لغبار الاسبستوس وغبار القطن لدرجة تنشأ عنها هذه الامراض .
٤ ـ تأثر العين من الحرارة والضوء وما ينشأ عنهما من مضاعفات :	أى عمل يستدعى التعرض المتكرر المصهور أو المفاصل للوهج أو الاشعاع الصادر عن الزجاج المصهور أو ا المعادن المحمية أو المنصهرة أو التعرض لضوء قوى أو حرارة شديدة مما يؤدى الى تلف بالعين او ضعف بالابصار .

نوع المرض	العمليات أو الأعمال المسببة لهذا المرض
٥ ـ التسمم بالرصاص ومضاعفاته كقولنج الرصاص الرئية العضلية ـ والمفصلية ـ الرصاصية شلل الباشظات التهاب الكلى النقرش وغيرها من الاعراض والمضاعفات الناشئة عن التسمم بالرصاص . :	أى عمل يستدعى استعمال او تداول الرصاص او مركباته أو المواد المحتوية عليه ، ويشمل ذلك تداول الخامات المحتوية على الرصاص بما فى ذلك رماد الرصاص فى مصانع الزنك ـ مزج الزنك القديم وقوالب الرصاص . صنع ادوات من الرصاص المصبوب أو مركباته ـ صناعات الطباعة المختلفة ـ صنع مشتقات الزنك صنع واصلاح البطاريات الكهربائية ـ تحضير واستعمال الدهانات المحتوية على الرصاص الصقل والتلميع بمواد من الرصاص المسحوق أو المجمد جميع عمليات الطلاء والدهان (البويا) التى تستدعى تحضير وخلط الوان واصناف من المعجون وغيره مما يحتوى على عناصر من الرصاص .. الخ .
٦ ـ التسمم بالزئبق ومضاعفاته كالتهاب الفم والجهاز الهضمى الاختلالات العصبية الرعشة ـ اختلالات التغذية الشلل وغيرها من الامراض والمضاعفات الناشئة عن التسمم بالزئبق .	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الزئبق أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، وكذا أى عمل يستدعى التعرض لغبار وأبخرة الزئبق أو مركباته . أو المواد المحتوية عليه ويشمل عليه ذلك تداول الزئبق صناعة اجهزة القياس والمعامل ، تحضير المواد الخاصة اللازمة لصناعة القبعات ـ التذهيب على الساخن استعمال مضخات الزئبق فى صناعة المصابيح الكهربائية صناعة المفرقعات المحتوية على زئبق .. الخ ..

نوع المرض	العمليات أو الأعمال المسببة لهذا المرض
٧ ـ التسمم بالزرنيخ ومضاعفاته كالاختلالات .. العصبية ـ الاختلالات الوظيفية للكلى والكبد آفات جلدية وغيرها من الامراض والمضاعفات الناشئة عن التسمم بالزرنيخ :	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الزرنيخ أو مركباته أو المواد المحتوية عليه وكذا اى عمل يستدعى التعرض لغبار أو أبخرة الزرنيخ أو مركباته أو المواد ، المحتوية عليه ، ويشمل ذلك العمليات التى يتولد فيها الزرنيخ أو مركباته وكذلك العمل فى انتاج أو صناعة الزرنيخ ومركباته .
٨ ـ التسمم بالانتيمون ومضاعفاته :	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الانتيمون أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، وكذلك اى عمل يستدعى التعرض لغبار أو أبخرة الانتيمون أو مركباته أو المواد المحتوية عليه .
٩ ـ التسمم بالفسفور أو مركباته كالآفات العظمية المعوية الدموية والعصبية وغيرها من الامراض والمضاعفات الناشئة عن التسمم بالفسفور .	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الفسفور أو مركباته أو المواد المحتوية عليه وكذا أي عمل يستدعى التعرض لغبار أو ابخرة الفسفور أو مركباته أو المواد المحتوية عليه .
١٠ ـ التسمم بالبترول أو مثيلاته أو مركباته الأميدية أو الأزوتية أو مشتقاتها أو مضاعفات ذلك التسمم .	كل عمل يستدعى استعمال أو تداول هذه المواد وكذلك كل عمل يستدعى التعرض لابخرتها أو غبارها .

نوع المرض	العمليات أو لأعمال المسببة فهذا المرض
١١ ـ التسمم بالمنغنيز ومضاعفاته :	كل عمل يستدعى استعمال او تداول المنغنيز أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، وكل عمل يستدعى التعرض لأبخرة او غبار المنغنيز أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، ويشمل ذلك العمل فى .. استخراج أو تحضير المنغنيز أو مركباته وطحنها وتعبئتها الخ ..
١٢ ـ التسمم بالكبريت ومضاعفاته :	كل عمل يستدعى استعمال أو تداول الكبريت أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، وكذا كل عمل يستدعى التعرض لأبخرة أو غبار الكبريت أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ويشمل ذلك التعرض للمركبات الغازية وغير الغازية للكبريت .. الخ ..
١٣ ـ التسمم بأول أكسيد الكربون وما ينشأ عنه من مضاعفات .	كل عمل يستدعى التعرض لأول أكسيد الكربون ويشمل ذلك عمليات تحضيره أو استعماله وتولده كما يحدث فى القراجات وقمائن الطوب والجير الخ ..
١٤ ـ التسمم بحامض السيانور ومركباتـه ومـا ينشـأ عن ذلك من مضاعفات .	كل عمل يستدعى تحضير أو استعمال أو تداول حامض السيانور أو مركباته ، وكذا كل عمل يستدعى التعرض لابخرة أو رذاذ الحامض أو مركباته أو تربتها أو المواد المحتوية عليها .

نوع المرض	العمليات أو الأعمال المسببة لهذا المرض
١٥ ـ التسمم بالكلور والفلور والبروم ومركباتها :	كل عمل يستدعى تحضير أو استعمال أو تداول .. الكلور أو الفلور أو البروم أو مركباتها . وكذا اى عمل يستدعى التعرض لتلك المواد أو أبخرتها أو غبارها .
١٦ ـ التسمم بالكلور فروم ورابع كلورو الكربون :	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الكلورو فروم أى رابع كلورو الكربون ، وكذلك أى عمل يستدعى التعرض لابخرتها أو الأبخرة المحتوية عليها .
١٧ ـ التسمم برابع كلورو الاثين وثالث كلورو الايثيلين والمشتقات الهالوجينية الأخرى للمركبات الأيدروكربونية من المجموعة الاليفاتية :	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول هذه المواد والتعرض لابخرتها أو الابخرة المحتوية عليها .
١٨ ـ التأثر بالكروم وما ينشأ عنه من قرح ومضاعفات :	كل عمل يستدعى تحضير او تولد او استعمال او تداول الكروم أو حمض الكروميك أو كرومات أو بيكرومات . الصوديوم أو البوتاسيوم أو الزنك أو اية مادة تحتوى عليها .
١٩ ـ التأثر بالنيكل وما ينشأ عنه من مضاعفات وتقرح :	كل عمل يستدعى تولد أو استعمال او تداول النيكل أو مركباته أو اية مادة تحتوى على النيكل أو مركباته ويشمل ذلك التعرض لغاز كربونيل النيكل .

نوع المرض	العمليات أو الأعمال المسببة لهذا المرض
٢٠ ـ الأمراض والاعراض الباثولوجية التى تنشأ عن الراديوم أو المواد ذات النشاط الاشعاعى أو اشعة (×) .	أى عمل يستدعى التعرض للراديوم أو أية مادة أخرى ذات نشاط اشعاعى أو أشعة (×) .
٢١ ـ مرض الدرن :	العمل فى المستشفيات المخصصة لعلاج هذا المرض وكذلك العمل فى المختبرات التى تقوم باستلام وتحليل وزرع حقن عينات مكروب الدرن .
٢٢ ـ امراض الحميات المعدية :	العمل فى المستشفيات المخصصة لعلاج هذه الحميات .
٢٣ ـ مرض الدوالى :	كافة الاعمال التى تتطلب الوقوف الدائم فى مختلف المهن .
٢٤ ـ تشنج عمال التلغراف :	استعمال الآلات التلغرافية .
٢٥ ـ الجمرة الخبيثة (انتراكس) :	كل عمل يستدعى الاتصال بحيوانات مصابة بهذا المرض أو تداول رممها بما فى ذلك الجلود والقرون والشعر ويدخل فى ذلك اعمال الشحن والتفريغ والنقل لهذه الاجزاء .
٢٦ ـ السقاوة :	كل عمل يستدعى الاتصال بحيوانات مصابة بهذا المرض وتداول رممها أو أجزاء منها .
٢٧ ـ الصمم بدرجاته المختلفة :	سائر الاعمال والمهن والصناعات المصحوبة باحداث ضجة وأصوات عالية تؤثر على السمع .



الباب الرابع

التعويضات المستحقة للعمال أو ورثتهم

تنص المادة (٢٨) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان التعويضات التى يحق للمؤمن عليه المصاب باصابة عمل أو يحق لورثته المطالبة بها هى الآتية حسب الاحوال :

١ ـ العناية الطبية التى تستلزمها حالة المصاب المرضية .

٢ ـ البدلات اليومية للعجز المؤقت عن العمل اذا أصبح المصاب غير قادر على العمل بسبب الحادث .

٣ ـ العائدات الشهرية والتعويضات المقطوعة للعجز الدائم الكلى أو الجزئى الناجم عن الاصابة .

٤ ـ العائدات الشهرية للورثة .

٥ ـ منح نفقات الجنازة .

ولا يتوقف استحقاق التعويضات والمزايا السابقة على أى شرط يتعلق بمدة من المدد الواجبة للتأمين . هذا ومن الجدير بالذكر ان التعويضات لا تستحق اذا كان الخطر قد نشأ بصورة مقصودة ممن سيستفيد منها أو اذا حدث هذا الخطر نتيجة عمل جنائى قام به وذلك على نحو ما سبق أن اشرنا اليه . كما انه لا يخل عدم دفع صاحب العمل للاشتراكات فى استحقاق التعويضات .

الفصل الأول

العلاج الطبّي

يعتبر العلاج الطبى اول ما يحتاج اليه العامل المصاب باصابة عمل أو بمرض مهنة ، وأول ما يحتاج العامل المصاب اثر وقوع حادث من حوادث العمل اسعافه باجراءات طبية مؤقتة منعا للمضاعفات وتوطئة لبدء العلاج .

ولم يفرض المشرع الالتزام بتقديم الاسعافات الأولية للعمال المصابين باصابات عمل فقط ، انما نص على الزام صاحب العمل فى جميع الاحوال بأن يقدم الاسعافات الاولية للمصاب مهما كانت الاصابة بسيطة حتى ولو لم تمنعه الاصابة من مباشرة عمله بل ولو كان العامل هو الذى تعمد اصابة نفسه أو كانت اصابته نتيجة سلوكه أو فعله الجنائى .

وقد اوجب النظام على صاحب العمل أن يوفر وسائل الاسعاف الطبية فى اماكن العمل حرصا على حياة العمال وسلامتهم . كذلك اوجب النظام على صاحب العمل عند حدوث الاصابة ان يتولى نقل المصاب الى مكان العلاج او اماكن الاسعاف .

وتلتزم المؤسسة العامة بمصاريف الانتقال من مكان العلاج واليه ـ واذا اقتضى الحال تردد العامل المصاب عليه وذلك وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن وبديهى أن الاسعافات الاولية لا تكفى فى غالب الاحوال للعلاج من الاصابة ، ومن ثم يحتاج العامل المصاب باصابة عمل أو بمرض مهنى الى علاج طبى تلتزم المؤسسة بنفقاته حتى يشفى العامل المصاب أو يثبت عجزه وتستقر حالته نهائيا . وتتضمن نفقات العلاج جميع النفقات الآتية :

١ ـ نفقات خدمات الاطباء والاخصائيين .

٢ ـ نفقات الاقامة بالمستشفيات .

٣ ـ نفقات الزيارات الطبية المنزلية عند الاقتضاء .
٤ ـ نفقات العمليات الجراحية .
٥ ـ نفقات صور الاشعةوغيرها من البحوث الطبية حسبما يلزم .
٦ ـ اثمان الأدوية اللازمة للعلاج .
ويسقط حق العامل المصاب فى نفقات العلاج فى الحالتين الآتيتين :
١ ـ اذا رفض العلاج فى المكان الذى تعينه له المؤسسة .
٢ ـ اذا رفض العامل اتباع تعليمات العلاج الذى تعده له المؤسسة وتخطره بها .

وتلتزم المؤسسة وفقا لاحكام النظام بأن تباشر أو توفر الخدمات اللازمة لتأهيل المصاب طبيا ومهنيا لاعادته الى العمل بما فى ذلك تركيب الاطراف الصناعية وذلك وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

الفصل الثاني

البدلات اليومية التي تستحق للعامل في حالة العجز المؤقت

اذا نتج عن اصابة العمل عجز مؤقت للعامل فانه يستحق البدلات اليومية للعجز المؤقت طالما استمر غير قادر على العمل بسبب اصابته . وللعامل المصاب فى مثل هذه الحالة الحق فى أن يتقاضى بدل اصابة عن كل يوم يتخلف فيه عن العمل بسبب اصابته بما فى ذلك ايام العطل .
ويعادل بدل الاصابة اليومى خمسة وسبعين فى المائة من الأجر اليومى للعامل

المصاب ، أو خمسين فى المائة من هذا الأجر أثناء وجوده تحت العلاج فى احد مراكز العلاج أو فى غير ذلك من الأمكنة على نفقة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

وقد حددت المادة (٣٠) من نظام التأمينات الاجتماعية المقصود بالاجر اليومى ، فقررت أنه الأجر الذى يستحقه العامل المصاب يوم وقوع الحادث له ، والذى اتخذ أساسا لتحديد بدل الاشتراك فى التأمين وذلك اذا كان هذا العامل يتقاضى أجره باليوم ، أو جزأ من ثلاثين من الأجر الشهرى والمنافع الأخرى التى يتقاضاها العامل المصاب والتى اتخذت أساسا لتحديد بدل الاشتراك خلال الشهر الذى يسبق الشهر الذى وقعت فيه الاصابة أو جزأ من ثلاثين من الاجر المستحق للعامل المصاب والذى يخضع للاشتراك فى الشهر الذى وقعت فيه الاصابة ، وذلك فى حالة ما اذا كان هذا الاجر اعلى من أجر الشهر السابق اذا كان العامل المصاب ممن يتقاضى أجره شهريا ، أو جزأ من ثلاثين من الأجور التى يستحقها العامل المصاب والخاضعة للاشتراك خلال الشهر الذى يسبق الشهر الذى وقعت فيه الاصابة ، اذا كانت اجور العامل تدفع على اساس القطعة أو الأجر اليومى المتفق عليه والذى يتخذ أساسا لتحديد بدل الاشتراك فى حالة تطبيق الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من نظام التأمينات الاجتماعية والخاصة بجواز حساب الاشتراكات المستحقة لكل اشهر السنة المالية على اساس الأجور المقبوضة والخاضعة للاشتراك خلال أول شهر من السنة أو فى حالة الاشتراكات المقطوعة بدفعة واحدة أو الاشتراكات التى تحدد حسب درجات الاجور وهنا تحسب التعويضات على اساس الأحور المتفق عليها والتى حددت على أساسها الاشتراكات المستحقة .

وتدفع البدلات اليومية للاصابة اعتبارا من اليوم التالى لحدوث هذه الاصابة أو اليوم الذى توقف فيه دفع اجر العامل له من جانب صاحب العمل نتيجة لسبب قانونى أو لالتزام من الالتزامات . وينتهى الحق فى هذا البدل فى اليوم الذى يستعيد فيه العامل المصاب قدرته على العمل أو يشفى فيه من جرحه أو

تحصل فيه الوفاة .

وقد حددت الفقرة الرابعة من المادة (٣٠) من نظام التأمينات الاجتماعية كيفية دفع البدلات اليومية ، ومواعيد دفعها على فترات بمقتضى قرار من مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ، وذلك بناء على اقتراح مدير عام هذه المؤسسة .

وعلى انه يجوز تعليق دفع البدل المستحق للعامل المصاب بموجب قرار من رئيس المكتب الرئيسى أو الفرعى الذى يتبعه هذا العامل ، وذلك اذا ثبت من التقرير الطبى فى شأن اصابته ، انه قد رفض التقيد بالتعليمات الطبية التى يقتضيها علاجه أو الخضوع لفحص طبى ، أو ثبت انه رفض الامتناع عن القيام بأعمال لا تسمح بها حالته الصحية . (المادة ٣٠) الفقرة الخامسة) .

الفصل الثالث

العائدات الشهرية والتعويضات المقطوعة في حالة العجز الدائم الكلي أو الجزئي .

يستحق العامل المؤمن عليه أو ورثته كذلك العائدات الشهرية والتعويضات المقطوعة عن العجز الدائم الكلى أو الجزئى الناجم عن اصابة عمل (البند (جـ) من المادة (٣٨) من النظام) .

ويتم تقدير العجز الذى يتخلف للعامل بصفة نهائية اذا اصبح العجز مستديما غير قابل للعلاج وغير قابل للزيادة أو النقصان .

ويستحق العامل المؤمن عليه المصاب باصابة عمل وفقا للمادة (٣١) من النظام فى حالة العجز الدائم الكلى الناشىء عن الاصابة ، عائدة شهرية تعادل ٧٥ ٪ من متوسط الاجور التى يتقاضاها شهريا والمحددة طبقا للمادة المذكورة على الا تقل العائدة المحددة بأى حال عن مائتين وخمسين ريالا فى الشهر ويضاف اليها عشرة فى المائة عن الشخص الأول من افراد عائلة العامل المصاب والذى تقع اعالته على عاتقه وخمسة فى المائة عن كل من الشخصين الثانى والثالث اللذين يليانه من افراد العائلة .

ويمكن تعديل قيمة العائدة الشهرية بمقتضى قرار من مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية فى حالة حدوث تغيير كبير فى الرقم القياسى العام لتكاليف المعيشة .

ويصدر القرار بناء على اقتراح المدير العام لهذه المؤسسة ، ويصدق عليه من الوزير المسئول .

ويمكن ان تزيد العائدة الشهرية بنسبة ٥٠ ٪ اذا كان العامل المصاب يحتاج لمعونة دائمة من الغير من اجل مواجهة اعباء حياته اليومية .

وليس من السهل تحديد نسبة العجز الجزئى الذى يصيب العامل ، اذ يعتبر تحديد نسبة العجز الجزئى من الأمور الدقيقة التى تختلف فيها وجهات النظر الطبية ولذلك وضع مجلس الوزراء جدولا يتضمن دليلا لنسب العجز ويمكن لمجلس الوزراء تعديله بناء على اقتراح الوزير المسئول . وقد تضمن الجدول كذلك تقدير نسب العجز فى حالات فقد الاعضاء ، وحالات فقد الابصار .

وينص البند (٢) من المادة (٣١) من نظام التأمينات الاجتماعية السعودى على أنه (فى حالة العجز الدائم الجزئى الناجم عن اصابة عمل والذى يعادل أو يتجاوز ٣٠ بالمائة ، يحق للعامل تقاضى عائدة شهرية للعجز الجزئى ، يعادل مبلغ عائدة العجز الجزئى الدائم حاصل ضرب النسبة المئوية لهذا العجز بعدد مساو من النسبة المئوية من عائدة العجز الدائم الكلى المحدد وفق أحكام الفقرة السابقة (أى الفقرة الأولى للمادة (٣١) .

كما ينص البند (٣) من المادة المذكورة على أن (يحسب متوسط الأجور الشهرية بأخذ ثلث مجموع الأجور الخاضعة للاشتراك والمؤداة خلال الاشهر الثلاثة السابقة للشهر الذى حدثت الاصابة خلاله . وفى حالة كون المصاب لم يعمل مطلقا أو عمل جزئيا خلال هذه الفترة عند صاحب العمل الذى حدثت الاصابة لديه فيحسب متوسط الأجور اليومية بأخذ ثلث مجموع الأجور التى كان من الممكن أن تخضع للاشتراك لو كان المصاب عمل بنفس الشروط وبصورة متصلة عند صاحب العمل الأخير خلال مدة الثلاثة اشهر المتخذة كأساس) .

كذلك تنص المادة (٣٢) على انه (فى حالة العجز الدائم الجزئى الذى يساوى أو يزيد على ١٠ بالمائة ويقل عن ٣٠ بالمائة الناجم عن اصابة عمل يحق للمصاب تقاضى تعويض مقطوع يساوى ٣٦ مرة العائدة الشهرية المحددة للعجز الدائم الجزئى الذى كان يمكن أن يطالب به تبعا للنسبة المئوية للعجز الحاصل وتطبيقا لاحكام المادة السابقة) أى المادة (٣١) .

واذا اصيب العامل - الذى استفاد من عائدة عجز دائم - بعاهة أخرى ناشئة عن اصابة عمل اخرى ، فانه يحق له فى هذه الحالة أن يتقاضى عائدة جديدة تحسب على اساس جملة الاضرار التى حاقت به ، ومتوسط الأجور عن الأشهر الثلاثة التى سبقت الاصابة الأخيرة .

غير انه اذا اتضح أن هذا الأجر المتوسط يقل عن ذلك الذى تم احتساب العائدة على اساسه ، فإن العائدة الجديدة تحسب على اساس الأجر الاعلى وفقا للبند (١) من المادة (٣٣) من النظام .

وفيما يلى لائحة الجدول الدليلى للنسب المئوية للعجز الدائم التى صدرت بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٥٤٥ وتاريخ ١٣٩٠/٦/٨ هـ . الموافق ٧٠/٨/١١ م .

لائحة الجدول الدليلى للنسب المئوية للعجز الدائم

العجز الناتج عن الاصابة	النسبة المئوية لدرجة العجز
الفالج الناتج	١٠٠ ٪
الاختلال العقلى التام	١٠٠ ٪
اصابات الرأس	
فقد البصر فى العينين فقدا تاما يعتبر فقد البصر ما اذانقصت الرؤية اكثر من ٩٥ ٪ من الرؤية التامة)	١٠٠ ٪
فقد البصر فى عين واحدة	٣٥ ٪
صم تام لا يشفى	٥٠ ٪
فقد اللسان التام	٨٠ ٪
فقد اللسان الجزئى العائق فى الكلام او المضغ او االبلع	١٠ ـ ٧٥ ٪
استئصال الفك الاسفل برمته	٢٠ ٪
استئصال جزء من الفك الاسفل الشعبة الصاعدة او نصف جسم الفك	٤٠ ٪
فقد مادة عظمية من الجمجمة تشتمل على جميع كثافتها :	
سطح لا يقل عن ٦ سم مربعة	٤٠ ٪
سطح يتراوح بين ٣ و ٦ سم مربعة	٢٠ ٪
سطح اقل من ٣ سم مربعة	١٠ ٪
اصابة الطرفين السفليين	
فقد الساقين أو القدمين	١٠٠ ٪
بتر الفخذ	٦٠ ٪
فقد القدم برمتها	٤٥ ٪
فقد جزء من القدم ثم انقطاع المفصل تحت العكب	٤٠ ٪

العجز الناتج عن الاصابة	النسبة المئوية لدرجة العجز
فقد جزء من القدم ثم المفصل الرسغى (انقطاع المفاصل فى عظام رسغ الرجل) .	٣٥ ٪
فقد جزء من القدم : (ثم المفصل الرسغى المشطى انقطاع المفاصل بين عظم رسغ الرجل وعظم المشط) .	٣٠ ٪
جسأة (انشلال اوتيس) الورك	٤٠ ٪
جسأة (انشلال اوتيس) الركبة	٢٥ ٪
ضياع مادة عظمية واسعة :	
١ ـ من الفخذ او عظمى الساق (حالة لا تشفى)	٥٠ ٪
٢ ـ من الداغصة (صابونة الركبة) مع كسر ومضايقة كبيرة فى حركة بسط الساق على الفخذ	٤٠ ٪
٣ ـ من الداغصة (صابونة الركبة) مع سلامة الحركات	٢٠ ٪
قصر الطرف السفلى بما لا يقل عن خمسة سم	٣٠ ٪
قصر الطرف السفلى من ٣ الى ٥ سم	٢٠ ٪
قصر الطرف السفلى من ١ الى ٣ سم	١٠ ٪
بتر اصابع القدم جميعها	٢٥ ٪
بتر اربع اصابع من القدم بما فيها الابهام	٢٠ ٪
بتر اربع أصابع من القدم من غير الابهام	١٠ ٪
اصابات الطرفين العلويين	اليمين اليسار
فقد الذراعين او اليدين	١٠٠ ٪ ١٠٠ ٪
فقد يد واحدة من (الكتف الى اطراف الاصابع)	٧٠ ٪ ٦٠ ٪
فقد كف واحدة	٦٠ ٪ ٥٠ ٪
بتر ابهام اليد أو جساتها التامة (انشلالها الكلى)	٢٠ ٪ ١٠ ٪
بتر جزء من ابهام اليد (السلامى الظفرية)	١٠ ٪ ٥ ٪

العجز الناتج عن الاصابة	النسبة المئوية لدرجة العجز
بتر السبابة (التام)	١٥٪ ١٠٪
بتر السبابة (سلاميتان)	١٠٪ ٨٪
بتر اصبع واحدة غير الابهام أو السبابة	١٠٪ ٨٪
بتر اصبعين غير الابهام والسبابة	١٥٪ ١٢٪
بتر ثلاثة اصابع غير الابهام والسبابة	٢٥٪ ٢٠٪
بتر اربع اصابع غير الابهام	٤٠٪ ٣٥٪
بتر الابهام والسبابة معا	٣٥٪ ٢٥٪
بتر الابهام واصبع غير السبابة	٢٥٪ ٢٠٪
بتر اربع اصابع بما فيها الابهام	٤٥٪ ٤٠٪
ضياع مادة عظمية واسعة من العضد (افة باتة لا تشفى)	٥٠٪ ٤٠٪
ضياع مادة عظمية واسعة من عظمى الساق (آفة باتة لا تشفى)	٤٠٪ ٣٠٪
جسأة (انشلال اوتيس) المرفق فى وضع حسن اى ١٥ درجة حول الزاوية القائمة	٢٠٪ ٢٠٪
جسأة (انشلال) المرفق فى وضع سيىء	٤٠٪ ٣٠٪
جسأة (انشلال اوتيس) المعصم فى موضع موافق مقوسا أو مكبوسا (اى ملتويا الى الداخل)	٢٠٪ ١٥٪
جسأة (انشلال اوتيس) المعصم فى وضع غير موافق	٤٠٪ ٣٥٪
اصابات الاطراف العلوية والسفلية	للعجز عن العمل
فقد ذراع وساق	١٠٠٪
فقد ذراع ورجل	١٠٠٪
فقد يد واحدة ورجل واحدة معا	١٠٠٪
فقد كف واحدة ورجل واحدة معا	١٠٠٪
فقد كف واحدة وساق واحدة معا	١٠٠٪

يراعى فى تقدير درجات العجز القواعد الآتية :

١ ـ تعتبر نسبة العجز الكلى الدائم مائة فى المائة كما تعتبر اساسا فى تحديد النسب المئوية للعجز الدائم الجزئى .

٢ ـ إذا كان العجز مبنيا فى الجدول السابق روعيت النسب المئوية من درجة العجز الدائم المبينة به .

٣ ـ إذا لم يكن العجز مما ورد بالجدول المذكور فتقدر نسبته بنسبة ما أصاب العامل من عجز فى قدرته على الكسب ، على أن تبين تلك النسبة فى الشهادات الطبية الصادرة عن اللجان الطبية المختصة .

٤ ـ إذا عجز أى عضو من أعضاء الجسم المبينة فى الجدول اعلاه عجزا كليا مستديما عن اداء وظيفته اعتبر ذلك العضو فى حكم المفقود . واذا كان ذلك العجز جزئيا قدرت نسبته تبعا لما اصاب العضو من عجز عن اداء وظيفته .

٥ ـ اذا كان العامل قد فقد عضوه الأيسر بنفس النسبة المقررة لفقد عضوه الأيمن .

٦ ـ اذا نتج عن الاصابة فقد جزء او اكثر من احد اعضاء الجسم المبينة بالجدول قدرت النسبة المئوية لدرجة العجز فى حدود النسبة المقررة لفقد العضو .

٧ ـ تعتبر نسب العجز الجزئى الدائم المبينة فى هذا الجدول حدودا دنيا للعجز على انه يمكن زيادتها بما لا يزيد على ٣٠ ٪ تبعا للحالات المبينة فى المادة (٣٤) من نظام التأمينات الاجتماعية من حيث طبيعة العامة الحاصلة والحالة العامة للمصاب وعمره والمهنة التى يزاولها وملكاته الجسمانية والعقلية . وكذلك تبعا لإمكانياته واهليته المهنية على انه لا يجوز فى حالة من الاحوال ان تتجاوز نسبة العجز المقدرة ١٠٠ ٪ (مائة فى المائة) .

الفصل الرابع

العائدات الشهرية المقررة لورثة العامل المتوفى نتيجة اصابة عمل .

تضمن النظام كذلك احكام وقواعد استحقاق العامل او ورثته للعائدات الشهرية نتيجة اصابته بإصابة عمل ، فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٥) من نظام التأمينات الاجتماعية على انه (اذا توفى المؤمن عليه الممارس للعمل بنتيجة اصابة عمل ، او اذا توفى صاحب عائدة عجز دائم كلى ، فلذوى المتوفى من ورثته الحق بتقاضى عائدات الورثة .

غير انه يشترط لنشوء حق الارملة فى العائدة ان يكون زواجها قد تم بتاريخ سابق للاصابة أو أن تكون الوفاة قد حدثت بعد اثنى عشر شهرا من الزواج فى حالة كون هذا الزواج تم بعد الاصابة .

وتستحق ارملة العامل المتوفى خمسين فى المائة من عائدة العجز الدائم الكلى الذى كان يستفيد منه زوجها المتوفى ، اما ورثة العامل ، فيعطى كل منهم عشرين فى المائة من هذه العائدة .

على انه اذا ثبت ان العامل المتوفى كان يزاول عملا وقت اصابته التى افضت الى موته ، حددت عائدات جميع ورثته تبعا للنسب المئوية السابقة ، وفى الوقت نفسه تبعا لعائدة العجز الدائم الكلى الذى كان يمكن للعامل الذى توفى ان يطالب بها طبقا لاحكام الفقرة الاولى من المادة (٣١) من النظام ، فيما لو اصيب بعجز من هذا النوع وقت الاصابة .

واذا كان للعامل المتوفى اكثر من ارملة واحدة ، وزعت العائدة المخصصة للارملة على الارامل اللاتى تركهن العامل ، بالتساوى فيما بينهن .

اما اذا ترك العامل المتوفى ايتاما من الأبوين فتضاعف العائدة المخصصة لهم . ولا يجوز وفقا للبند (٣) من المادة (٣٥) من النظام ان يتجاوز مجموع عائدات الورثة بأى حال من الاحوال مبلغ عائدة العجز الدائم الكلى الذى سبقت الاشارة اليه .

فاذا تجاوز مجموع عائدات الورثة مبلغ عائدة العجز الدائم الكلى ، خفضت عائدة كل من هؤلاء الورثة بما يستحقه .

ونصت المادة (٣٦) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان يصرف لأرملة العامل الذى توفى أو ابنته أو اخته فى حالة زواجهن منحة زواج بما يعادل قيمتها ثمانية عشرة مرة من عائداتها الشهرية التى كانت تستفيد منها . ويتوقف دفع هذه العائدة فى آخر الشهر الذى حصل فيه الزواج . ويلغى تخصيص منحة الزواج أى حق ناشىء عن نظام التأمينات المصلحة صاحبة العلاقة أى أن تخصيص منحة الزواج ينهى أى حقوق تكون للارملة أو الابنة أو الأخت قبل المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

الفصل الخامس

منحة نفقات جنازة العامل المؤمن عليه

نصت المادة (٢٨) من نظام التأمينات الاجتماعية على أن تعتبر منحة نفقات جنازة العامل المؤمن عليه أو صاحب المعاش ضمن التعويضات التى يحق لورثته المطالبة بها . فاذا توفى عامل من العمال المؤمن عليهم نتيجة اصابة عمل ، او اذا توفى صاحب عائدة عجز دائم كلى او توفى عامل مؤمن عليه ممارس للعمل بعد أن أمضى على الاقل ستة شهور تأمين خلال الاثنى عشر شهرا الأخيرة أو توفى

صاحب معاش شيخوخة ، او عجز ، اعطيت منحة نفقات الجنازة للشخص الذى اخذ على عاتقه دفع هذه النفقات ، وذلك عملا بأحكام المادتين (٣٧) و (٤٣) من النظام .

واذا لم يتقدم أحد للانفاق على جنازة العامل المتوفى تحملت المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية تكاليف هذه الجنازة وذلك طبقا لاحكام المادتين سالفتى الذكر .

ونصت المادة (٣٧) سالفة الذكر على ان يصدر مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية قرارا بتحديد مبلغ منحة نفقات الجنازة بصورة موحدة لكل ارجاء المملكة العربية السعودية أو بحسب المناطق ، وذلك بناء على اقتراح المدير العام ، ومصادقة الوزير المسئول .

وقد قدرت اخيرا منحة نفقات الجنازة بمبلغ اربعمائة ريال سعودى ، على ان لا تدخل فى هذا التقدير مصاريف نقل العامل المتوفى الى الجهة التى ابرم فيها العقد ، اذ يلتزم رب العمل وفقا للمادة (٨٥) من نظام العمل والعمال السعودى بدفع هذه النفقات وذلك وفقا للاحكام التى سبق أن أشرنا اليها عند دراسة نظام العمل والعمال فى المملكة .



الباب الخامس

المعاشات في حالات الشيخوخة والعجز والوفاة

سبق ان ذكرنا أن التأمينات الاجتماعية نظام عمالى بحت يجابه الاخطار التى تحيق بالعامل شىء عملى ، ولعل من ابرز الاخطار التى يتعرض لها العامل اخطار العجز والشيخوخة ، كما تتعرض أسرته لاخطار جسيمة فى حالة وفاته ، وقد هدف المشرع فى هذه الحالات الى تمكين العامل واسرته من مواجهة اعباء المعيشة .

الفصل الأول

معاش الشيخوخة

يستحق العامل معاش الشيخوخة اذا بلغ سن التقاعد .

وتستحق عائلة العامل من بعده فى هذا المعاش وذلك وفقا لاحكام النظام .

وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٨) من نظام التأمينات الاجتماعية على (ان المؤمن سواء كان رجلا أم امرأة ، اذا بلغ سن الستين كاملة ، وتوقف عن ممارسة أى نشاط مهنى خاضع للتأمين ، يحق له الحصول على معاش شيخوخة اذا أمضى على الاقل :

أ ـ مائة وعشرين شهر تأمين ، منها ستة وثلاثون شهرا فى خلال السنوات الخمس الأخيرة التى تسبق طلب المعاش والتوقف عن العمل . أو مائة وثمانين شهرا تأمين بالمجموع .)

وفى ضوء ما تقدم يشترط لاستحقاق معاش الشيخوخة الشروط الثلاثة الآتية :

أولا : أن يبلغ المؤمن سن الستين .

ثانيا : ان يكون المؤمن عليه قد توقف عن ممارسة اى نشاط مهنى من الأنشطة التى تخضع للتأمين .

ثالثا : ان يكون المؤمن عليه قضى على الاقل مائة وعشرين شهر تأمين منها ستة وثلاثون شهرا خلال السنوات الخمس الأخيرة السابقة على طلب المعاش وحصول التوقف عن العمل ، أو أن يكون المؤمن عليه قد قضى مائة وثمانين شهر تأمين .

وتنص الفقرة الاولى من المادة (٣٨) من نظام التأمينات الاجتماعية على أن يحدد سن المؤمن عليه وفقا لاحكام المادة (٤٥) من هذا النظام .

ووفقا للمادة المذكورة يحدد سن طالب معاش الشيخوخة عن طريق شهادة ميلاده أو عن طريق شهادة تصدرها الجهات المختصة نظاما .

على انه اذا تعذر تقديم أو ابراز مثل هذه الشهادات ، فيحدد السن بواسطة طبيب أو أكثر تعينه المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

ويجوز الاعتراض على قرار الطبيب امام اللجنة الطبية الابتدائية المختصة ، المنصوص عليها فى المادة (٤٨) من النظام ، المشكلة فى المكاتب الرئيسية او

المكاتب الفرعية ، والمعينة من قبل مجلس ادارة المؤسسة العامة بناء على اقتراح المدير العلم .

ويجوز للعامل المؤمن عليه أو من يقوم مقامه من المستحقين وفقا لاحكلم نظلم التأمينات الاجتماعية ، كما يجوز للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ان تعترض على القرارات التى تصدرها اللجان الطبية الابتدائية أملم لجنة طبية تنشأ فى المديرية العامة للمؤسسة .

وتكون قرارات هذه اللجنة الأخيرة نهائية وغير قابلة للطعن فيها .

وتحتسب الأشهر المنوه عنها فى البندين (أ ، ب) من الفقرة الأولى للمادة (٣٨) من نظام التأمينات الاجتماعية تبعا للقواعد المنصوص عليها فى المادة (٤٤) من النظام . وقد نصت المادة (٤٤) سالفة الذكر على أن تطبق فى حساب أشهر التأمين القواعد الآتية :

أ ـ فيما يتعلق بالمؤمن عليه ذى الأجور الشهرية فيسجل فى حسابه شهر تأمين مقابل كل اجر شهرى كامل تقاضاه .

ب ـ أما المؤمن عليه الذى يتقاضى أجوره يوميا له شهر تأمين لكل مجموعة (٢٥) يوما من الأجور التى تقاضاها .

جـ ـ وفيما يتعلق بالمؤمن عليه الذى يتقاضى أجوره على اساس القطعة فيسجل لحسابه مبدئيا شهر تأمين لكل شهر يتقاضى عليه اجرا . غير انه اذا كان حاصل قسمة الأجور التى تقاضاها خلال شهر على (٢٥) اعلى من الحد الأدنى خلال الشهر موضوع البحث عددا من ايلم العمل تساوى حاصل قسمة الأجور المقبوضة (٢٥) يوما من الحد الأدنى للأجر اليومى .

وفى عمليات جمع مدد التأمين يعتبر الباقى من ايلم العمل الذى يتراوح بين (١٣ و ٢٥) يوما بحكم شهر تأمين كامل . واذا نقص الباقى عن (١٣) يوما فيهمل .

ان المدد التى يتقاضى خلالها المؤمن عليه بدلات يومية للاصابة تعتبر بحكم مدد التأمين لاستحقاق ولحساب تعويضات فرع المعاشات . وتطبيقا لهذا الحكم

يعتبر ثلاثون تعويض يومى بحكم شهر تأمين .

ويحسب معاش الشيخوخة بضرب جزء من خمسين من متوسط الأجور الشهرية فى عددد سنوات التأمين . ويزاد معاش الشيخوخة عشرة فى المائة بالنسبة الى الشخص الأول من اسرة المؤمن عليه ، والذى تقع اعالته على هذا الأخير ، وخمسة فى المائة بالنسبة الى كل من الشخصين الثانى والثالث من هذه الأسرة ، وذلك وفقا لحكم الفقرة الثالثة من المادة (٣٨) من النظام .

ويقصد بمتوسط الأجور الشهرية طبقا للفقرة الثالثة من المادة (٣٨) جزء من اربع وعشرين جزأ من مجموع الاجور التى تخضع للاشتراك والتى استوفيت من جانب العامل المؤمن عليه طيلة الأربعة وعشرين شهرا الأخيرة من التأمين .

وقد تعرض نظام التأمينات الاجتماعية لحالة العمال المتقدمين فى السن والذين لم يسعفهم الوقت بقضاء (١٢٠) شهرا تأمين المنصوص عليها فى البند (أ) من الفقرة الاولى للمادة (٣٨) من النظام . وفتح لهؤلاء العمال باب الاستفادة من معاش الشيخوخة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة (٣٨) على ان يمنح كل عامل مؤمن عليه ، سرح من عمله بعد بلوغه سن الستين كاملة ، شهر تأمين عن كل شهر ينقصه لبلوغ المائة وعشرين شهر تأمين .

ويطبق هذا الحكم خلال السنوات الخمس الاولى التالية لاقرار نظام التأمينات الاجتماعية او ادخاله فى المنطقة التى يعمل فيها العامل المؤمن عليه ذو العلاقة ـ طالب المعاش ـ شريطة ان يكون قد امضى مدة لا تقل عن ١٢٠ شهرا فى عمل مأجور منها مدة ٦٠ شهر تأمين متصلة على الاقل .

وتعرض نظام التأمينات الاجتماعية كذلك الى حالة العامل المؤمن عليه وصاحب معاش الشيخوخة الذى يعود الى ممارسة عمل مأجور خاضع لنظام التأمين ، ويدر عليه أجرا يساوى أو يزيد عن مبلغ معاشه ، فنص فى الفقرة الرابعة من المادة (٣٨) من النظام على ايقاف دفع معاشات ذلك العامل طيلة مدة ممارسته لمثل هذا العمل . فاذا زادت مدة ايقاف دفع المعاش عن سنة ، كان للعامل المذكور أن يطلب تعديل معاش الشيخوخة حتى يتسنى له ادخال المدة

التى قضاها فى العمل بعد منحه المعاش ويتم تعديل هذا المعاش على اساس متوسط الأجور الشهرية التى سبق ان حدد المعاش فى بادىء الأمر على أساسها .

أما المؤمن عليه الذى يبلغ الستين من العمر ، وتمضى عليه مدة ستة اشهر على الأقل دون عمل خاضع للتأمين وكذلك المؤمن عليه المصاب بعجز مهنى وفقا لاحكام الفقرة (٥) من المادة (٣٩) من النظام اللذان لا تتوافر فيهما الشروط اللازمة للاستفادة من معاش شيخوخة او عجز ، يحق لكل منهما ان يتقاضى مبلغا يعادل مجموع الاشتراكات التى دفعت لحسابه باسم اشتراكات العمال (٥ فى المائة من الأجر) مضافا اليها منحة قدرها (٥ فى المائة) وذلك بشرط ان يكون قد امضى ١٢ شهر تأمين على الاقل وذلك وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة (٤١) من النظام .

وعلى ذلك فانه يشترط لكى يفيد العامل من الاحكام السابقة :

أولا : ان العامل المؤمن عليه قد بلغ من العمر ستين عاما ، وان يظل دون عمل خاضع للتأمين مدة ستة أشهر على الاقل ، أوأن يكون العامل المؤمن عليه مصابا بعجز غير مهنى وفقا لاحكام الفقرة (٥) من المادة (٣٩) من نظام التأمينات الاجتماعية .

ثانيا : الا تتوافر فى هذين العاملين المؤمن عليهما الشروط اللازمة للاستفادة من معاش الشيخوخة أو العجز المنصوص عليه فى المادتين (٣٨) و (٣٩) من النظام .

ثالثا : أن يكون كل من العاملين سالفى الذكر قد امضى (١٢) شهر تأمين على الاقل .

كما نصت الفقرة الثانية للمادة (٤١) على انه يحق ايضا للاشخاص المذكورين فيما بعد أن يتقاضوا مبلغا يساوى المبلغ سالف الذكر فى حالة وفاة مؤمن عليه لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة لاستحقاقهم معاش الورثة على شرط

أن يكون هذا المؤمن عليه قد امضى اثنى عشر شهر تأمين وهؤلاء الاشخاص هم :

أ - ارملة المتوفى .

ب - وفى حالة عدم وجود أرملة ، فالى اولاد المتوفى .

جـ - وفى حالة عدم وجود أرملة وأولاد ، فالى أب وأم المتوفى .

د - وفى حالة عدم وجود أى شخص من الفئات سالفة الذكر فالى اخوات المتوفى واخوته .

الفصل الثاني

معاش العجز غير المهني

قد يصاب العامل بعجز لا يرجع الى مرض مهنة أو اصابة عمل وقبل أن يبلغ سن التقاعد ويطلق على هذا العجز العجز غير المهنى ويحدث للعامل المؤمن عليه خارج نطاق التأمينات الأخرى التى عرضنا لها وعلى هذا يقتصر تطبيق حكم تأمين العجز غير المهنى على العجز الذى يحدث قبل أن يبلغ العامل المؤمن عليه سن الشيخوخة ، ومن غير أن يكون هذا العجز راجعا الى اصابة عمل أو مرض مهنة .

ورعاية للعامل كفل المشرع السعودى هذا النوع من التأمين للعامل وفقا للمادة (٣٩) من نظام التأمينات الاجتماعية الذى يثبت للعامل المؤمن عليه الذى يصاب بعجز بسبب غير مهنى قبل ان يبلغ سن التقاعد الحق فى الحصول على معاش عجز اذا كان قد امضى ستين (٦٠) شهر تأمين منها أربعة وعشرون (٢٤) شهرا تقع خلال السنوات الثلاث السابقة على بدء حصول العجز ؛ او مائة وعشرين (١٢٠) شهر تأمين دون أى اعتبار آخر .

وتأسيسا على ما تقدم فانه لا يشترط اذا أمضى العامل مائة وعشرين شهر تأمين أن تقع بعض هذه الشهور خلال فترة معينة كما فى الحالة الاولى التى يمضى فيها العامل (٦٠) شهر تأمين .

ولم يشأ المشرع حرمان العمال الذين لم يتموا مدة ستين شهر تأمين بالشروط سالفة الذكر من معاش العجز غير المهنى فنص فى البند (٢) من المادة (٣٩) على أن العمال المؤمن عليهم الذين يصابون بعجز قبل ان يكونوا قد اتموا مدة ستين (٦٠) شهر تأمين يثبت لهم الحق فى ان يسجل فى حسابهم شهر تأمين عن كل شهر ينقصه الى أن يصبح عدد اشهر التأمين ستين شهرا . وهذا الحكم يطبق فى السنوات الثلاث الأولى التالية على اقرار نظام التأمينات الاجتماعية وادخاله فى المنطقة التى يقع فى دائرتها عمل المؤمن عليه ، شريطة ان يكون هذا الأخير قد امضى ستين (٦٠) شهر عمل مأجور ، منها ثلاثون ٣٠) شهر تأمين متصلة على الاقل قبل بدء حصول العجز مباشرة .

وقد حدد المشرع المقصود بالعجز غير المهنى فنص فى البند (٥) من المادة (٣٩) على ان (يعتبر المؤمن عليه فى مفهوم هذه المادة ، مصابا بعجز غير مهنى اذا توافرت الشروط الآتية :

أ ـ اذا استحال عليه بسبب حالته الصحية المتأخرة الجسدية أو العقلية ، أو بسبب بتر احد اعضائه ، أو اصابته بعاهة ، ومع الأخذ بنظر الاعتبار للظروف العامة لفرص العمل ، أن يكسب اجرا يساوى على الاقل ثلث اجره السابق وذلك فى مهنته الاعتيادية أو فى مهنة مماثلة تتفق مع امكانياته ومع سنه ومع ملكاته الجسدية والعقلية وتكوينه المهنى .

ب ـ اذا كانت حالة العجز المبينة فى البند (أ) من شأنها حسب التقديرات الطبية أن تدوم مدة يفترض أن تساوى أو تزيد عن الستة اشهر .

جـ ـ اذا كانت حالة العجز المعروفة آنفا قد حدثت قبل ان يبلغ المؤمن عليه الـ (٦٠) من العمر) .

وعلى هذا الاساس فانه يشترط أن يصدق على العامل وصف العامل المصاب بعجز غير مهنى وفقا للمادة السابقة وأن تتوفر شروط استحقاقه لمعاش العجز غير المهنى والا فانه لا يستحقه .

فاذا ثبت أن العامل الذى أصيب بالعجز غير مؤمن عليه اصلا ، أو أن العجز ليس بالدرجة التى تحول دون أن يكسب أجرا يساوى على الأقل ثلث أجره السابق سواء فى مهنته الاعتيادية أو فى مهنة مماثلة تتفق مع امكاناته وسنه ومع ملكاته الجسدية والعقلية وتكوينه المهنى ، أو يثبت أن حالة العجز هذه من شأنه ـ حسب التقديرات الطبية أن تدوم مدة لا تقل عن ستة شهور أو كان ذلك العجز مع توافر الشروط السابقة قد حدث بعد بلوغ العامل سن الستين ، فان العامل لا يستحق بالتالى معاش عجز غير مهنى .

ويتم حساب معاش العجز غير المهنى طبقا لاحكام تقدير معاش الشيخوخة التى تناولتها المادة (٣٨) من نظام التأمينات الاجتماعية والتى سبق ان عرضنا لها بتفصيل .

وقد كفل المشرع لصاحب الحق فى المعاش لعجز غير مهنى حدا ادنى مقداره أربعون فى المائة من متوسط الأجور الشهرية للعامل .

وبالاضافة الى ذلك فاذا ثبت ان العامل المصاب بالعجز غير المهنى يحتاج الى مساعدة الغير لمواجهة أعباء الحياة العادية ، ففى هذه الحالة يزاد معاش العجز غير المهنى بنسبة خمسين فى المائة .

ولما كان من الجائز ان يبرأ صاحب معاش العجز غير المهنى من عجزه لذلك جعل المشرع للمعاش صفة التأمين فنص على ان يمنح العاجز معاش العجز غير المهنى بصورة مؤقتة ، وطيلة المدة التى تتوافر فيها شروط استحقاق هذا المعاش فى حقه .

ويثبت استمرار حالة العجز باحقية صاحب المعاش لفحوص دورية تقوم بها اللجنة الطبية المنوه عنها فى المادة (٤٨): من النظام والتى تحدد عند اجراء الفحص موعد الفحص القادم .

ويصبح معاش العجز غير المهنى نهائيا باكمال صاحبه سن الستين مادة (٣٩)

الفصل الثالث

معاش الوفاة

يستحق ورثة العامل معاش الوفاة إذا توفى عامل مؤمن عليه تتوافر فيه شروط استحقاق معاش عجز غير مهنى او اذا توفى عامل مستحق لمعاش شيخوخة ، وهذا ما تضمنته المادة (٤٠) من نظام التأمينات الاجتماعية التى نصت فى البند (١) منها على انه فى حالة وفاة مؤمن عليه مستجمع لشروط التأمين المقررة لاستحقاق معاش عجز (غير مهنى) او وفاة صاحب معاش شيخوخة ، فان افراد عائلته الذين تقع اعالتهم عليه ، كما عرفتهم المادة (٢) من هذا النظام لهم الحق بمعاشات الورثة .

ويشترط لاستحقاق الأرملة المعاش ان يكون عقد زواجها قد تم قبل ستة اشهر على الأقل من الوفاة اذا كان الأمر يتعلق بمؤمن عليه يمارس العمل ، وقبل ١٢ شهرا من الوفاة اذا كان الأمر يتعلق بصاحب معاش شيخوخة أو عجز . ومن الجدير بالذكر ان معاش الوفاة الذى نظمت احكامه المادة (٤٠) من النظام لا يستحق وفقا للحساب السابق اذا كانت وفاة العامل نتيجة اصابة عمل او بعد استحقاقه بالفعل لمعاش الشيخوخة ، فان المجال الطبيعى لهذا النوع من التأمين ان تحدث الوفاة للعامل المؤمن عليه قبل بلوغه سن الشيخوخة ودون ان تعزى الوفاة الى اصابة عمل اما الوفاة التى تحدث بعد بلوغ سن الشيخوخة او نتيجة اصابة عمل فيحسب معاش الوفاة عندئذ وفقا للأحكام التى سبق ان عرضنا لها .

وقد حدد المشرع الورثة والمستحقين لمعاش الوفاة بانهم افراد عائلة العامل المؤمن عليه المتوفى والذين تقع اعالتهم على هذا الأخير . وقد حددتهم المادة (٢) من نظام التأمينات الاجتماعية على النحو التالى :

١ ـ ارملة او ارامل العامل المتوفى على انه يشترط لاستحقاق الأرملة للمعاش ان يكون عقد زواجها قد تم قبل ستة اشهر على الأقل من حصول الوفاة اذا كان الأمر يتعلق بعامل صاحب معاش شيخوخة او عجز .

٢ ـ اليتامى الذكور من اولاد العامل المتوفى ، الذين تقل اعمارهم عن عشرين سنة ، واليتيمات الى ان يتزوجن ، شريطة ان يكون تحت اعالة العامل المتوفى عند حدوث الوفاة . واذا ثبت ان هؤلاء اليتامى عاجزون عن ممارسة اية مهنة بسبب مرض مزمن او عاهة ، فانهم لا يقيدون باى حد للسن طيلة عجزهم .

٣ ـ اخوة واخوات العامل المتوفى ، ويجرى فى شأنهم ذات الأحكام المقررة بالنسبة الى الأولاد .

٤ ـ اب وام العامل المتوفى اللذين كانا تحت اعالته عند حصول الوفاة ، شريطة ان يكون الأب قد جاوز من العمر ستين عاما ، وغير قادر على الكسب .

وتعطى ارملة المتوفى (٥٠٪) خمسون فى المائة من معاش الشيخوخة او العجز الذى يستفيد منه زوجها المتوفى . ويعطى كل من بقية افراد عائلة المتوفى (٢٠٪) عشرون فى المائة من هذا المعاش واذا كان المتوفى غير ذى معاش ، فان معاشات الورثة تحسب على اساس معاش العجز الذى كان يحق للمتوفى تقاضيه فيما لو كان اصيب بالعجز بتاريخ وفاته . واذا وجد اكثر من ارملة واحدة فان مبلغ معاش الأرملة يقسم بينهن على التساوى . واذا ترك المتوفى ايتاما من الأبوين فيضاعف المعاش المستحق لهم .

الفصل الرابع

قابلية المستحقات للوقف والحجز والتنازل والسقوط

المبحث الأول :

حالات وقف دفع عائدات الإصابة والمعاشات

نص المشرع على حالات معينة يوقف فيها دفع عائدات الاصابة او المعاشات المستحقة وفقا لنظام التأمينات الاجتماعية ، وقد نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة (٥٠) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان :

١ ـ يوقف دفع عائدات الاصابة وكذا المعاشات طيلة مدة حبس صاحبها في السجن نتيجة للحكم عليه بعقوبة سجن مدتها تساوى ستة اشهر او اكثر . غير انه اذا كان لصاحب المعاش افراد من عائلته يعيلهم فان معاشه يدفع اليهم طيلة مدة الحبس .

٢ ـ يمكن توقيف عائدات الاصابة ومعاشات العجز (غير المهنى) وفق الأصول المنصوص عليها فى المادة (٣٠) الفقرة الخامسة من هذا النظام اذا رفض صاحبها دون عذر مشروع .

ا ـ ان يخضع للعلاج وللزيارات والفحوص الطبية او ان يواظب على دروس اعادة التدريب او التأهيل المهنى المقررة من قبل الأجهزة المختصة فى المؤسسة العامة .

ب ـ ان يمتنع عن ممارسة اى نشاط غير مسموح به .

ويتضح مما سبق ان المادة (٥٠) من نظام التأمينات الاجتماعية قد نصت على وقف عائدات الاصابة والمعاش فى حالة حبس صاحبها او رفضه العلاج الطبى او امتناعه عن ممارسة اى نشاط محظور .

المطلب الأول

وقف دفع العائدات او المعاشات في حالات حبس صاحبها

نص النظام على وقف عائدة او بدل الاصابة او المعاش فى الحالات التى يكون فيها العامل المؤمن عليه سجينا تنفيذا لحكم صادر ضده بمعاقبته بالسجن لمدة ستة اشهر او اكثر ففى هذه الحالة يوقف صرف عائدات الاصابة او المعاش لذلك العامل طيلة مدة السجن .

على انه اذا كان للعامل المؤمن عليه افراد من عائلته تقع إعالتهم عليه ، فان المعاش الذى يستحقه ذلك العامل يصرف الى هؤلاء الأفراد طيلة مدة السجن .

المطلب الثاني

وقف دفع العائدات او المعاشات لرفض العلاج الطبى

يوقف كذلك العائدة والمعاش فى الحالة التى يرفض فيها العامل المؤمن عليه دون عذر مشروع الخضوع للعلاج ، وللزيارات ، وللفحوص الطبية ، او التى يرفض فيها المواظبة على دروس اعادة التدريب ، او التأهيل المهنى المقررة من قبل الأجهزة المتخصصة فى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية وكذلك اذا رفض العامل المؤمن عليه الامتناع عن ممارسة اى نشاط غير مسموح به اذا كان من شأن هذه النشاطات تأخير الشفاء .

المبحث الثاني

عدم جواز الجمع بين تعويض أو أكثر

حظر المشرع الجمع بين اكثر من تعويض وفقا لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية فقد نص البند الثالث من المادة (٥٠) من نظام التأمينات

الاجتماعية على انه « ما عدا احكام المادة (٣٣) من هذا النظام اذا استحق المؤمن عليه او الوارث اكثر من تعويض واحد من التعويضات التى نص عليها هذا النظام يعطى التعويض الأكبر فقط من بين هذه التعويضات .»

ويتضح من صريح النص المذكور انه اذا استحق العامل المؤمن عليه او الوارث اكثر من تعويض وفقا لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية لتوفر اكثر من سبب لاستحقاق هذا التعويض فلا يجوز للعامل أو الوارث أن يجمع بين تعويضين او اكثر اذ لا يستحق سوى اكبر التعويضات او اكثرها قيمة .

وقد استثنت المادة (٥٠) من هذا الحكم الحالات التى وردت فى المادة (٣٣) من النظام وهى الحالات الآتية :ـ

١ ـ الحالة التى يصاب فيها مستفيد من عائدة عجز دائم بعاهة أخرى ناتجة عن اصابة عمل اخرى :ـ

يحق للعامل فى هذه الحالة ان يتقاضى عائدة جديدة محسوبة تبعا لجملة الاضرار التى حاقت به ، ومتوسط الأجور المقابل للأشهر الثلاثة التى سبقت الاصابة الأخيرة .

على انه اذا اتضح ان متوسط الأجور يقل عن ذلك الذى حسبت العائدة الأولى على اساسه ، فان العائدة الجديدة تحسب على اساس الأجر الأعلى .

٢ ـ حالة حدوث اصابة جديدة لعامل مؤمن عليه سبق ان استفاد من تعويض اصابة مقطوعة :ـ

اذا استحق العامل المؤمن عليه تعويض اصابة مقطوعة نتيجة اصابته بعجز جزئى دائم يساوى او يزيد عن ١٠٪ ويقل عن ٣٠٪ وذلك وفقا للمادة (٣٢) من النظام التى سبق ان اشرنا اليها يمكن الجمع بين التعويض القديم والتعويض الجديد بشرط ان تكون الاصابة الجديدة قد ادت الى عجز دائم جزئى يساوى او يزيد عن عشرة فى المائة ، وفى هذه الحالة تحسب العائدة التى يحق للعامل المؤمن عليه ان يطالب بها تبعا لجملة الأضرار التى حاقت به وايضا تبعا لمتوسط الأجور الذى يقابل الأشهر الثلاثة التى سبقت حدوث الاصابة الجديدة

ويحسم من عائدة الستة وثلاثين شهرا الأولى مبلغ يعادل واحدا على ستة وثلاثين من تعويض الاصابة المقطوعة الذى كان قد قبضه العامل المذكور.

المبحث الثالث

عدم قابلية التعويضات للحجز أو التنازل وقابلية البدلات اليومية للسقوط .

تتمتع التعويضات والبدلات التى تستحق وفقا لنظام التأمينات الاجتماعية بضمان عدم الحجز عليها او التنازل عنها الا طبقا للأحكام والشروط المقررة بالنسبة الى اجور العمال وهذا ما نصت عليه المادة (٥١) من النظام .

ويسقط الحق فى البدلات اليومية للاصابة بمضى سنة واحدة على استحقاقها وفقا لنص المادة (٥٢) من نظام التأمينات الاجتماعية .

ويسرى الحكم السابق كذلك على منح نفقات الجنازة .

اما بقية التعويضات الأخرى فيسقط الحق فيها بمضى خمس سنوات ، وذلك اعتبارا من تاريخ استحقاقها .

اما المبالغ الشهرية المستحقة سواء من العائدات او المعاشات فلا يجوز دفعها عن مدة تزيد عن ستة اشهر اعتبارا من تاريخ المطالبة بها مادة (٥٢).



الباب السادس

الجزاءات المقررة لمخالفة أحكام النظام

سبق ان ذكرنا ان نظام التأمينات الاجتماعية تتعلق احكامه بالنظام العام ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق على خلاف احكامه .

وفضلا عن ذلك فقد شفع النظام هذا بتقرير عقوبات على مخالفة احكامه فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٥٩) على ان يعاقب صاحب العمل الذى لا يقيد بأحكام هذا النظام وبتدابيره التنفيذية بغرامة تتراوح بين (١٠٠) إلى (٥٠٠) ريال .

واذا سبق ان كان حكم عليه بمخالفة لهذا النظام فيمكن ان تزاد الغرامة حتى ضعف هذه الحدود ، وتتعدد الغرامة بعدد العمال المؤمن عليهم الذين ارتكب صاحب العمل بصددهم مخالفة (اكثر على ان لا يزيد مجموع الغرامات المفروضة على خمسة آلاف ريال).

ونصت الفقرة الثانية على انه « مع عدم الاخلال باية عقوبة اشد تنص عليها الأنظمة فان كل شخص يقدم متعمدا بيانات غير صحيحة بغرض الاستفادة او افادة الغير من التعويضات ، يعاقب بغرامة من (٥٠) ال (٣٠٠) ريال .

وتضاعف حدود هذه الغرامة اذا كان المخالف قد سبق ان حكم عليه من اجل بيانات غير صحيحة قدمت لنفس الغاية .

ويحكم على الشخص المخالف بالاضافة لهذه العقوبات ان يدفع للمؤسسة

العامة كتعويض مدني ضعف المبالغ المدفوعة اليه بصورة غير قانونية من المؤسسة العامة على اساس تلك البيانات .»

على ان المشرع قد نص على مدة معينة تسقط بها الدعاوى العامة والدعاوى المدنية وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٥٩) التى نصت على ان « تسقط بمرور خمس سنوات الدعاوى العامة والدعاوى المدنية الناتجة عن المخالفات المعاقب عليها وفق الأحكام المبينة آنفا وما يوقف مرور الزمن على الدعوى العامة يوقف مرور الزمن على الدعوى المدنية والعكس بالعكس .»

وقد وضعت المادة (٦٠) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان « كل اتفاق او تسوية تخالف احكام هذا النظام وتصدر ممن يشملهم هذا النظام تعتبر باطلة اذا كان من شأنها ان تضر بحقوق المستفيدين او ان تحمل المؤمن عليهم وافراد عائلاتهم التزامات اضافية .»

بسم الله الرحمن الرحيم

وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

أهمّ المراجع

أولاً : مراجع الفقه الإسلامي

مجموع فتاوى شيخ الاسلام احمد بن تيمية

جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد قاسم العاصمي النجدى الحنبلي ، سنة ١٣٨٣هـ .

المغني لابن قدامة

تحقيق الدكتور طه محمد الزينى ، طبعة القاهرة ١٩٦٩م .

الفقه على المذاهب الأربعة

تأليف الأستاذ عبد الرحمن الجزيرى ، الجزء الثالث ، الطبعة الخامسة .

القواعد فى الفقه الاسلامي

تأليف ابن رجب الحنبلى ، الطبعة الأولى ، ١٩٣٣م .

حاشية رد المحتار على الدر المختار

تأليف الشيخ محمد امين المشهور بابن عابدين ، ١٣٢٤هـ .

شرح المجلة

للشيخ محمد خالد الأتاسى وابنه الشيخ طاهر الأتاسى ، ١٩٣١م .

اصول الفقه

للشيخ عبد الوهاب خلاف، القاهرة ١٩٥١م .

أصول الفقه الاسلامى للشيخ محمد زكريا البرديسى ١٩٧٢ م

نظرية العقد

لابن تيمية .

الموافقات

للشاطبى .

الفقه الاسلامى مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه

الدكتور محمد يوسف موسى ، القاهرة ١٣٧٤ هـ .

ثانياً : أهم مراجع القانون الخاص

اسماعيل غانم :

- محاضرات فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨م .
- قانون العمل سنة ١٩٦١م .

اكثم الخولى :

- الموجز فى القانون التجارى ، ج ١ ، القاهرة ١٩٧٠م .
- قانون التجارة اللبنانى المقارن ، ج ٢ ، بيروت ١٩٦٨م .
- دروس فى الشركات التجارية والقطاع العام ، القاهرة ١٩٦٤م .
- دروس فى قانون العمل سنة ١٩٥٧م .

اكرم ياملكي :

- الوجيز فى شرح القانون التجارى العراقى ، ج ٢ ، بغداد سنة ١٩٦٩م .

ثروت عبد الرحيم :

- شرح القانون التجارى الكويتى ، الكويت سنة ١٩٧٥م .
- القانون التجارى المصرى سنة ١٩٧٨م .

رزق الله الانطاكى ونهاد السباعى :

- **الوجيز فى الحقوق التجارية البرية سنة ١٩٥٩م**

سليمان مرقص :

- المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٦١م .

شمس الدين الوكيل :

- مبادىء القانون الخاص سنة ١٩٦٥م .

عبد الرازق السنهورى :

- الوسيط فى شرح القانون المدنى ، القاهرة سنة ١٩٦٩م .
- مصادر الحق فى الفقه الاسلامى سنة ١٩٦٧م .

عبد الرازق السنهوري واحمد حشمت ابو ستيت :

- اصول القانون سنة ١٩٤١م .

على البارودى :

- القانون التجارى ، الاسكندرية ١٩٧٥م .

على جمال الدين عوض :

- الوجيز فى القانون التجارى ، القاهرة ١٩٧٥م .
- الشركات التجارية ، القاهرة ١٩٦١م .

على حسن يونس :

- القانون التجارى ج ١ ، القاهرة ١٩٦١م .
- الشركات التجارية ، القاهرة ١٩٦٠م .
- المحل التجارى ، القاهرة ١٩٦٣م .

فريدمشرقى :

- اصول القانون التجارى ، ج ١ القاهرة ١٩٥٤ م

فتحى عبد الصبور :

- الوسيط فى عقد العمل الفردى .

محسن شفيق :

- المطول ، شرح القانون التجارى المصرى ج ١ ، الاسكندرية ١٩٤٩م .
- الوسيط فى القانون التجارى المصرى ج ١ ، القاهرة ١٩٧٦م .
- الموجز فى القانون التجارى ، ج ١ ، القاهرة ١٩٦٦ ـ ١٩٧٦م .

محمد حسنى عباس :

- القانون التجارى ، القاهرة ١٩٦٦م .
- المؤسسات العامة ، القاهرة ١٩٦٧م .

- الملكية الصناعية والمحل التجارى ، القاهرة ١٩٧١م .

محمد حلمي مراد :

- قانون العمل والتأمينات الاجتماعية الطبعة الرابعة ١٩٦١م .

محمد صالح :

- شرح القانون التجارى ، ج١ القاهرة ١٩٤٩م .
- شركات المساهمة ، القاهرة ١٩٤٩م .

محمود جمال الدين زكي :

- الوجيز فى عقد العمل ١٩٦٢م .

محمود سمير الشرقاوى :

- القانون التجارى ج١ ، القاهرة ١٩٧٣م .
- شركات القطاع الخاص ووحدات القطاع العام ، القاهرة ١٩٧٢م .

مصطفى كمال طه :

- القانون التجارى ، ج١ ، الاسكندرية ١٩٥٦م .
- مبادىء القانون التجارى ، الاسكندرية ١٩٦٢م .
- الوجيز فى القانون التجارى ، ج١ ، الاسكندرية ١٩٧٧م .

نور الدين جانى :

- شرح القانون التجارى المصرى ، ج١ ، القاهرة ١٩٥١ ـ ١٩٥٢م .

نورى طالبانى :

- القانون التجارى العراقى ج١ بغداد ١٩٧٢م .

ثالثاً : المراجع الرئيسية الأجنبية

Batt, F.R. ——— The law of Master and Servant 1950.

Burn et Gallant droit du travail 1958.

charl sworth ——— Mercantile , London 1969.

Diamond A. S. ——— The law of master and servant 1931.

Didier ——— Droit commercial. T. i. Paris 1970, collection themis.

Durand ——— traite de droit du travail.

Escara et roult ——— les societes commerciales. t. i. Paris 1950.

Gauffret ——— Manuel de droit commercial Paris 1973.

Guyenot ——— cours de droit commercial Paris 1968.

Hamel at Lagard ——— Traite de droit commercial. t. i. Paris 1954 T. 2. Paris 1966,

Juglart et Ippolito ——— Droit commercial. V.i. Paris 1975 V.2 Paris 1970.

Pipert et Roblot ——— Traite elementaire de droit commercial t.l, Paris 1974.

Pic, P. ———Traite elementaire de legislation industrialle 1930

Rodiere at Houin ——— Droit commercial. Actes de commerce et commercant. Banques at Bourse. Precis Dalloz Paris 1970.

Rodiere ——— Groupements commerciaux Precis Dalloz Paris 1972.

Stevens & Borrie — elements of mercantile law London 1972.

Thaller at percerou ... traite element aire de droit commercial paris 1931

رابعاً : الدوريات والنشرات والمجموعات الرسمية

- جريدة (أم القرى) الرسمية للمملكة العربية السعودية .
- الجريدة الرسمية للجمهورية العربية المصرية .
- الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية .
- جريدة (الوقائع العراقية) الرسمية .
- مجموعة قوانين العمل فى الدول العربية , اصدرها معهد الدراسات العربية العالمية , الجزء الأول , سنة ١٩٥٨م .
- مجموع احكام النقض المصرية للمكتب الفنى .
- مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض المصرية (مجموعة عمر) ، جمع الأستاذ محمود احمد .
- مجموعة القواعد القانونية المقررة فى قضايا العمل ، ١٩٤٧ ـ ١٩٦٧م ، دمشق ١٩٦٩م .
- المدونة العمالية ، جمع الأستاذ حسن الفكهانى ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨م .
- مجلة (القانون) الصادرة عن وزارة العدل السورية .
- مجلة (المحاماة) الصادرة عن نقابة المحامين بمصر .
- مجلة (المحامون) الصادرة عن نقابة المحامين بدمشق .
- مجلة التشريع والقضاء الصادرة عن دار النشر للجامعات المصرية .

فهرست



إصدارات إدارة النشر بتهامة

سلسلة الكتاب العربي السعودي

صدر منها :

الكتاب	المؤلف
* الجبل الذي صار سهلاً	المرحوم الأستاذ أحمد قنديل
* من ذكريات مسافر	الأستاذ محمد عمر توفيق
* عهد الصبا في البادية	الأستاذ عزيز ضياء
* التنمية قضية	دكتور محمود محمد سفر
* قراءة جديدة لسياسة محمد علي باشا	دكتور سليمان الغنام
* الظمأ (مجموعة قصصية)	الأستاذ عبد الله جفري
* الدوامة (قصة طويلة)	دكتور عصام محمد علي خوقير
* غداً أنسى (قصة طويلة)	دكتورة أمل محمد شطا
* موضوعات اقتصادية معاصرة	دكتور علي بن طلال الجهني
* ازمة الطاقة إلى أين؟	دكتور عبد العزيز حسين الصويغ
* نحو تربية إسلامية	الأستاذ أحمد محمد جمال
* إلى ابنتي شيرين	المرحوم الأستاذ حمزة شحاتة
* رفات عقل	المرحوم الأستاذ حمزة شحاتة
* شرح قصيدة البردة (دراسة وتحقيق)	دكتور محمود زيني
* عواطف انسانية (ديوان شعر)	دكتورة مريم البغدادي
* عمارة المسجد الحرام	المرحوم الأستاذ حسين باسلامة
* وقفة	دكتور عبد الله حسين باسلامة
* خالتي كدرجان (مجموعة قصصية)	الأستاذ أحمد السباعي
* طه حسين والشيخان	الأستاذ محمد عمر توفيق
* عبير الذكريات (ديوان شعر)	الأستاذ طاهر زمخشري

* الحضارة تحدٍّ	دكتور محمود محمد سفر
* لحظة ضعف	الأستاذ فؤاد صادق مفتى
* الرجولة عماد الخلق الفاضل	المرحوم الأستاذ حمزة شحاتة
* أفكار بلا زمن	الأستاذ عبد الله الحصين
* علم إدارة الأفراد	الأستاذ عبد الوهاب عبد الواسع
* الإبحار في ليل الشجن [شعر]	الأستاذ محمد فهد العيسى
* التنمية وجهاً لوجه	دكتور غازي القصيبي

■ تحت الطبع

* قال وقلت	الأستاذ أحمد السباعي
* نبض..	الأستاذ عبد الله جفري
* السعد وعد (مسرحية)	الدكتور عصام محمد علي خوقير
* عام ١٩٨٤ مجنون أورو ين [ترجمة]	الأستاذ عز يز ضياء
* الأمثال الشعبية في مدن الحجاز	الأستاذ أحمد السباعي
* حصاد عمر وثمرات قلم	الأستاذ محمد حسين ز يدان
* مكانك تحمدي	الأستاذ أحمد محمد جمال
* التار يخ العربي و بدايته	الأستاذ أمين مدني
* قصص من سومرست موم	الأستاذ عز يز ضياء
* مجلة الأحكام الشرعية	دكتور عبد الوهاب سليمان
* أيامي..	الأستاذ أحمد السباعي
* ماما ز بيدة [مجموعة قصصية]	الأستاذ عز يز ضياء
* خدعتني بحبها (مجموعة قصصية)	الأستاذ عبد الله بوقس
* مدارسنا والتر بية	الأستاذ عبد الوهاب أحمد عبد الواسع
* السنيورا (قصة طو يلة)	الدكتور عصام محمد علي خوقير

* الوحدة الموضوعية في سورة يوسف — دكتور حسن محمد باجودة
* النفس الانسانية في القرآن — الأستاذ ابراهيم سرسيق

الكتاب الجامعي

صدر منها :—

* النمو من الطفولة إلى المراهقة — دكتور محمد جميل منصور
دكتور فاروق سيد عبد السلام
* النفط العربي وصناعة تكريره — دكتور أحمد رمضان شقلية
* الحضارة الإسلامية في صقلية وجنوب ايطاليا — دكتور عبد المنعم رسلان
* الإدارة : دراسة تحليلية للوظائف والقرارات الإدارية — دكتور مدني عبد القادر علاقي
* الجراحة المتقدمة في سرطان الرأس والعنق [باللغة الانجليزية] — الدكتور : فؤاد زهران
الدكتور : عدنان جمجوم
الدكتور : محمد عيد
* علاقة الآباء بالأبناء [دراسة فقهية] — دكتورة سعاد ابراهيم
* الملامح الجغرافية لدروب الحج — الأستاذ سيد عبد المجيد بكر
* مبادئ القانون لرجال الأعمال في المملكة العربية السعودية — دكتور محمد ابراهيم أبو العينين

* الاتجاهات العددية والنوعية للدوريات السعودية — الأستاذ هاشم عبده هاشم
* القضايا التربوية في المملكة العربية السعودية — دكتور عباس نتو
* هندسة النظام الكوني في القرآن — دكتور عبد العليم عبد الرحمن خضر
* الفكر التربوي في رعاية الموهوبين — دكتور لطفي بركات أحمد

رسائل جامعية

■ تحت الطبع

* العثمانيون والإمام القاسم بن علي في اليمن — أميرة علي المداح
* بيان خطأ من أخطأ علي الشافعي — دكتور نايف هاشم الدعيس
* المقصد العلي في زوائد أبي يعلى الموصلي — دكتور نايف هاشم الدعيس
* القصة في أدب الجاحظ — الأستاذ عبد الله أحمد باقازي
* السيوطي ومنهجه في فقه اللغة — الأستاذ محمد يعقوب تركستاني

مطبوعات
PUBLICATIONS

صدر منها : —

* حارس الفندق القديم — الأستاذ صالح ابراهيم

■ تحت الطبع

* دراسة نقدية لفكر زكي مبارك (باللغة الانجليزية) — دكتور محمود الشهابي
* الرياضة عند العرب في الجاهلية وصدر الاسلام. — الأستاذ أمين ساعاتي

* خطوط وكلمات [رسوم كار يكاتور ية]	الأستاذ علي الخرجي
* القرآن ودنيا الانسان	الأستاذ صلاح البكري
* الأسر القرشية .. أعيان مكة المحمية	الأستاذ أبو هشام عبد الله عباس بن صديق
* الاستراتيجية النفطية ودول الأوبك	الأستاذ أحمد محمد طاشكندي
* ألوان	الأستاذ أحمد الشر يف الرفاعي
* التخلف الإملائي عند التلميذات	الأستاذة نوال قاضي
* وللخوف عيون	الأستاذ أحمد شر يف الرفاعي
* سوانح وخواطر	الأستاذ أحمد طاشكندي

كتاب للأطفال

صدر منها :ـــ

لكل حيوان قصة

للاستاذ يعقوب اسحاق

* الكلب
* القرد
* الثعلب
* الضب
* الغراب
* السلحفاة

■ تحت الطبع

* الأرنب
* الحمار الوحشي
* الجمل
* الأسد
* الذئب
* البغل


م. سرمد حاتم شكر

المؤلف



- ليسانس في الحقوق من جامعة القاهرة عام ١٩٥٤م
- دبلوم معهد العلوم المالية والإدارية من جامعة القاهرة عام ١٩٥٨م
- ماجستير في القانون من جامعة كاليفورنيا بيركلي بالولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٦٢م
- دكتوراه في القانون من جامعة : SOUTHERN METHODIST UNIVERSITY بتكساس عام ١٩٦٧م
- أستاذ مشارك زائر بجامعة البترول والمعادن بالظهران.
- مستشار مفوض بالمحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية
- يشارك في أعمال التدريس في الجامعات المصرية والعربية.

طبعت بمطابع دار البلاد – جدة